



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGADOR CONHECER A
IDENTIDADE GENÉTICA DO EMPREGADO**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autor: Flávio Luiz da Costa

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do candidato: 0020140259

Outubro de 2018

Lisboa

Dedico este trabalho a **Maria, mãe de Jesus**, a quem, por tão grande intercessão e presença em todos os momentos da minha vida, devo eterno agradecimento.

Dedico a amada **esposa Jackeline** e aos adorados **filhos Flávio Júnior e Jamilly** pelos momentos de ausência física destinados à investigação científica. Tudo o que faço é por vocês e para vocês.

Dedico a **minha mãe, Neuza Dias Costa**, paradigma de ternura e generosidade.

Agradecimento especial a minha estimada orientadora Professora Doutora Stela Barbas pela orientação, paciência e contribuição para o meu aprendizado.

“Os genes são certamente importantes para determinar a identidade biológica do indivíduo humano, mas não são tudo para determinar a identidade de um indivíduo, visto que determinam uma limitação do possível, mas dificilmente determinam, sozinhos, um destino”. **SCHRAMM**

RESUMO

Com tema contemporâneo, este estudo abordou a legislação pertinente às informações genéticas, investigando leis portuguesas e brasileiras. Elegeu como objeto da investigação acadêmica as informações genéticas do empregado, as quais podem gerar discriminação genética. Atualmente, é possível ao empregador pedir teste de sequenciamento genético do empregado em seleção de emprego, o que favorece a discriminação genética do empregado. Com ímpeto de comparação normativa, adotou-se norma direta para a proteção das informações genéticas do empregado, visando evitar sua discriminação genética – situação normativa já existente em Portugal, mas não no Brasil. Assim, constatou-se que o Brasil necessita criar normatização específica para a proteção dos dados genéticos do empregado, a fim de obter maior eficácia em evitar sua discriminação genética. Para tanto, colocou-se a opção normativa de uma proposta de Projeto de Lei com orientações similares aos artigos 11 e 13 da Lei nº 12, de 2005, de Portugal.

Palavras-chave: Discriminação genética, características genéticas, empregador, empregado, direitos da personalidade, direito privado.

ABSTRACT

With a contemporary theme, this study addressed the relevant legislation to genetic information, investigating Portuguese and Brazilian laws. For greater focus elected as an object of academic research to the employee's genetic information, which can lead to genetic discrimination. Currently, the employer asks gene sequencing test employee in employment screening is not impossible, which favors genetic discrimination employee. With momentum normative comparison, the study found that one should adopt a direct rule to protect the employee's genetic information and can thus avoid their genetic discrimination. Regulatory situation existing in Portugal, but not in Brazil. Thus, it was found in the study that Brazil needs to create specific regulation for employee protection of genetic data, to achieve more effectively prevent its genetic discrimination. To this end, put up a substantive choice to Brazil a proposed bill, and with similar guidelines to Articles 11 and 13 of Law n. 12 2005 Portugal.

Keywords: genetic discrimination, genetic features, employer, employee, personal rights, private law.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	19
TEMA.....	19
DELIMITAÇÃO	24
FORMULAÇÃO DE PROBLEMAS.....	25
OBJETIVOS.....	26
Objetivo geral.....	26
Objetivos específicos.....	26
JUSTIFICAÇÃO (ESTADO DA ARTE)	26
FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	28
Projeto Genoma Humano	28
Direitos humanos e constitucionalismo.....	31
Sequenciamento genético, ética e normatização	36
METODOLOGIA	43
CRONOGRAMA	45
1. DIREITOS HUMANOS	47
1.1 ORIGEM DA NOÇÃO DO DIREITO	47
1.2 CONCEPÇÃO DO ESTADO ANTIGO	49
1.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO	51
1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	56
1.5 A DIGNIDADE HUMANA.....	58
1.6 AS RELAÇÕES DE TRABALHO	72
1.7 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO	74
1.8 ANÁLISE DO CAPÍTULO	78
2. PROJETO GENOMA HUMANO	81
2.1 HISTÓRICO.....	81
2.2 EXAME DE SEQUENCIAMENTO GENÉTICO	88
2.3 MEDICINA PREVENTIVA.....	94
2.4 NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL	99
2.5 CONSTITUIÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA	108
2.6 ANÁLISE DO CAPÍTULO	112
3. RELIGIÃO, SOCIEDADE E CIÊNCIA.....	115
3.1 CONCEITUAÇÃO DA VIDA.....	115

3.2 EUGENIA	123
3.3 DISCRIMINAÇÃO.....	127
3.4 ANÁLISE DO CAPÍTULO	132
4. BIOÉTICA.....	135
4.1 A ÉTICA	135
4.2 PRECEITOS BASILARES DA BIOÉTICA	138
4.3 LIMITES MORAIS NO USO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS	146
4.4 BIODIREITO	149
4.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO	153
5. DIREITO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO	155
5.1 DIREITO DO TRABALHO	155
5.2 NOVA ORDEM NO MERCADO DE TRABALHO	165
5.3 EMPREGADOR COM MAIOR NÍVEL DE SELETIVIDADE	167
5.4 PROCESSO SELETIVO DO EMPREGADO E O TESTE DE SEQUENCIAMENTO GENÉTICO	169
5.4.1 - ARGUMENTOS POSITIVOS PARA A UTILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO	178
5.4.1.1 - A CONCAUSA COMO HIPÓTESE A JUSTIFICAR A REALIZAÇÃO DOS TESTES GENÉTICOS NO BRASIL	180
5.4.2 - ARGUMENTOS NEGATIVOS PARA A NÃO UTILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO	182
5.5. EXAMES MÉDICOS OCUPACIONAIS COMO DECORRÊNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO	187
5.5.1 - NO BRASIL.....	187
5.5.2. EM PORTUGAL.....	191
5.6. ALCANCE E LIMITES DOS EXAMES MÉDICOS OCUPACIONAIS.....	195
5.6.1. NO BRASIL	195
5.6.2. EM PORTUGAL.....	201
5.7 ANÁLISE DO CAPÍTULO	209
6. A PROTEÇÃO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS DOS TRABALHADORES..	211
6.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO À INTIMIDADE	211
6.2 NORMATIZAÇÃO PARA O PATRIMÔNIO GENÉTICO DO EMPREGADO	224
6.3 PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO.....	238
6.4 TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO	246

6.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO	248
7. JURISPRUDÊNCIA	251
7.1 PORTUGAL.....	251
7.2 BRASIL.....	254
7.3 ANÁLISE DO CAPÍTULO	262
8. NOVO PARADIGMA JURÍDICO NA INTERPRETAÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS: CONCEPÇÃO DO DIALÓGO DAS FONTES E O DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS COMO FONTE FORMAL DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO.....	263
8.1 INTEGRAÇÃO DE LACUNA NO DIREITO	263
8.2 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES	272
8.3 DIREITO COMPARADO	280
8.4 ADEQUAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO TRABALHISTA	288
8.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO	292
CONSIDERAÇÕES FINAIS	295
REFERÊNCIAS	307

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Influências no Biodireito.	151
Figura 2 - Divisões no interior da classe trabalhadora.	168
Figura 3 - Características dos direitos da personalidade	218
Figura 4 - Abrangências e segmentos da privacidade.	222

INTRODUÇÃO

TEMA

No decorrer das duas últimas décadas do século XX, o mundo passou por uma reorganização econômica e social. Com o advento da nova ordem mundial, entendida como globalização, impulsionada pelos avanços tecnológicos, ocorreu uma vasta eliminação de barreiras territoriais entre os países. Dessa forma, o final do século XX, segundo Wyllie¹, ficou marcado pela facilitação de interação entre pessoas e pela consequente transformação de costumes culturais, sociais, comerciais e financeiros. A aproximação entre países e entre pessoas impactou notadamente o ambiente econômico e ensejou um aumento tanto na demanda quanto na oferta de serviços e produtos, levando ao acirramento da competitividade de mercado.

Portanto, ao final do século XX e, sobretudo, ao longo do século XXI, verificou-se uma maior necessidade de rigor administrativo nas empresas, abrangendo tanto preceitos para a sua funcionalidade (empregados, instalações, maquinários etc.) quanto para a sua qualidade (produtos e serviços). Neste ambiente, as empresas tornaram-se cada vez mais exigentes quanto ao seu *staff*². Com efeito, a seleção para a contratação de empregados ficou mais rígida.

Nessa esteira, conforme apontam Pimenta³ e Barros⁴, atualmente ocorrem diferentes testes de pré-contratação, como os grafológicos, os questionários, os psicotécnicos e as entrevistas pessoais, assim como o exame médico. Barros ressalta que no Brasil a grafologia consiste num teste de “aferição de personalidade, que vem sendo utilizado como método de seleção por uma entre três empresas brasileiras, ao lado de outros métodos adotados”⁵. Pimenta esclarece que no contexto brasileiro, “(...) antes de dar início à prestação de serviços,

¹ WYLLIE, E. - *Economia da Internet*. Rio de Janeiro: Excel Books do Brasil Editora, 2000.

² EPD, Escola Paulista de Direito - *O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho*, nov./2009. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.epd.edu.br/artigos/2009/09/o-conflito-entre-o-poder-do-empregador-e-privacidade-do-empregado-no-ambiente-de-tra>.

³ PIMENTA, R. B. C. - *Responsabilidade pré-contratual na recusa da efetivação do contrato de trabalho após o exame médico admissional*. Texto para Discussão da Università degli Studi di Roma Tor Vergata em cotutela internacional com a Universidade Federal de Minas Gerais. Nov./2011. [Em linha]. [Consult 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=75814c64e85b3353>.

⁴ BARROS, A. M. - Regulamentação das relações de trabalho e a privacidade do trabalhador. *Anais. Conferência proferida no II Congresso de Magistrados Trabalhistas da Região Sudeste*. Ribeirão Preto - SP, nos dias 22 e 23 de novembro de 2001.

⁵ *Idem*, p. 6.

o candidato ao emprego deve ser submetido a exames médicos admissionais, tendentes a avaliar sua aptidão para o trabalho⁶”.

Em Portugal, também há uso de testes de pré-contratação, como questionários de personalidade, entrevistas, testes de raciocínio, aptidão, interesses, conhecimentos e dinâmica em grupo⁷. Em Portugal e no Brasil, os testes de pré-contratação são voltados à realização de uma triagem de candidatos a emprego; a partir do material coletado nos testes em apreço, são traçados os perfis de cada candidato, a fim de facilitar a escolha daquele que melhor se adapta à função oferecida pela empresa e às suas respectivas exigências.

Tais métodos de seleção de candidatos a emprego não têm respaldo direto na normatização brasileira, formatada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁸, salvo no que se refere ao exame médico. No entanto, na norma jurídica portuguesa, instituída no Código do Trabalho Português (CTP)⁹, há menção aos métodos de seleção de candidatos e, igualmente, ao exame médico.

Em especial, no tocante ao exame médico, ambas as legislações conferem um tratamento fundado no protecionismo em prol da saúde e da segurança, ou, dito de outro modo, ambas protegem não apenas o trabalhador, mas também a sociedade, de situações nocivas, porquanto não atribuem ao exame em comento o *status* de instrumento para triagem de pessoal do empregador. Além disso, é de se destacar que há uma diferença importante entre essas legislações, qual seja: a legislação portuguesa não vincula o exame médico como ato obrigatório; já a legislação brasileira o coloca como obrigatório e patrocinado pelo empregador, permitindo, dessa forma, associá-lo à situação de triagem de pessoal.

“Código do Trabalho Português: Artigo 19 testes e exames médicos: 1 – Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação. 2 – O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. 3 – O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade¹⁰”.

⁶ PIMENTA. *Op. cit.*, 2011, p. 9.

⁷ FAP, Federação Acadêmica do Porto - *A entrada no mercado de trabalho*. Porto: Cidade das Profissões e Criação Livre, 2011.

⁸ BRASIL - *Consolidação das Leis do Trabalho*. 1943. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

⁹ PORTUGAL - *Código do Trabalho Português*. 2009. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>.

¹⁰ PORTUGAL. *Op. cit.*, 2009, s/p.

“Consolidação das Leis do Trabalho: Artigo 168 – Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: I – a admissão; II – na demissão; III – periodicamente; (...) § 2º – Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer^{11 12}”.

Para Pimenta¹³, trata-se o exame médico admissional obrigatório de um protecionismo legislativo brasileiro que visa informar o trabalhador (ou o candidato a trabalho) sobre sua condição real de saúde. Contudo, no momento em que há uma imposição de ação pertinente à vida pessoal do trabalhador, em um posicionamento que beira o paternalismo, dá-se a diminuição de sua liberdade individual em gerir a própria vida. Tal liberdade de gerência individual da vida pode ser encontrada na legislação portuguesa, que desvincula a obrigatoriedade do exame médico de situações de admissão ou permanência no emprego; caso este seja necessário por motivos de segurança, a norma especifica que sua solicitação pelo empregador deve acompanhar a fundamentação de motivo. Ainda, a legislação portuguesa cuida do aporte informacional pessoal do empregado, visto que o médico responsável pelo exame não transmite detalhes deste ao empregador, apenas oferece laudo relatando se o empregado está apto ou não para o trabalho.

Não se pode deixar de realçar que, além das situações de pré-contratação, como testes de seleção (grafológico, psicotécnico, entrevistas etc.) e exame médico, existem outras situações de incursão sobre o espectro pessoal do empregado quando já contratado, como, por exemplo: revista (varredura em seus pertences – bolsa, pasta, bolsos de vestimenta, carteira, papéis etc.); vigilância visual e de áudio (câmeras de vídeo, gravações telefônicas, uso de redes sociais *online*, *e-mails* etc.); imposição de exames e tratamentos médicos, incluindo vacina; teste de gravidez; colocação e exposição de objetos pessoais no ambiente de trabalho (fotos de familiares, enfeites, canecas, troféus etc.); exigências de higiene; limitações (idas ao banheiro ou ligações telefônicas); proibição de relacionamento afetivo entre empregados da empresa; questionamento sobre o empregado ser adicto; etc¹⁴.

Decerto, tanto as situações pré-contratação como as situações pós-contratação evidenciam um posicionamento de controle direcional do empregador, pois existem determinações deste que recaem sobre o empregado. Trata-se de uma situação viável em um ambiente capitalista, marcado pela sociedade de consumo, no qual o empregador prima por

¹¹ BRASIL. *Op. cit.*, 1943, s/p.

¹² O artigo 168 da CLT sofreu revisão em 1989.

¹³ PIMENTA. *Op. cit.*, 2011, p. 10.

¹⁴ BARROS. *Op. cit.*, 2001.

preservar seu patrimônio e sua produtividade. Dessa forma, o empregador toma para si poderes que abarcam ordenamento de ações para o empregado, fiscalização do empregado e imposições disciplinares. Nesta conjuntura, o empregador rege como deve ser a atividade do empregado, valendo-se para tanto do contrato de trabalho^{15 16}.

Depreende-se que, dada a existência do controle direcional do empregador, há uma inegável hierarquia na relação entre empregador e empregado e, neste sentido, uma inegável subordinação do empregado ao empregador. Porém, em tal relação há limite, dado que o exercício das liberdades públicas deve ser respeitado, mesmo que haja respaldo em um contrato empregatício para suas diretrizes. Assim sendo, existem limites para a atuação do empregador, devendo-se supor que haja emprego do respeito aos direitos humanos, que primam pela liberdade individual e pela igualdade, assim como zelam pela preservação da vida e da dignidade humana. Isso, nos tempos contemporâneos, mais especificamente, no século XXI, período no qual o empregador não exerce poder total sobre o empregado.

Todavia, apesar das limitações, as situações de pré-contratação e pós-contratação ocorrem, fato que acarreta a incursão do empregador na esfera privada do empregado, interferindo em sua intimidade. Assim, tanto a intimidade como a privacidade limitam a atuação direcional do empregador, tratando-se de um direito fundamental do empregado, seja em Portugal ou no Brasil, pois ambos os países têm suas Constituições calcadas nos preceitos dos direitos humanos.

No caso, a intimidade está diretamente relacionada à esfera mais íntima do ser humano, isto é, trata-se de informações que o empregado deseja que sejam ocultadas, que sejam suas, e às vezes, que sejam até mesmo ocultadas de pessoas de seu círculo familiar ou de amigos. A intimidade refere-se a percepções individuais, desejos, preferências, problemas, entre outras conjecturas individuais. Já a privacidade possui maior abrangência que a intimidade, já que consiste em o empregado deixar ou não que sua intimidade seja divulgada e que se torne de conhecimento público.

Impossível negar que as situações de pré-contratação e pós-contratação repercutem na intimidade e privacidade do empregado, sobretudo quando se trata de informações pessoais vinculadas a exame médico. Ser portador de algo é fator de foro íntimo do empregado; trata-se de uma informação de ordem pessoal (quer seja uma doença ou outra deficiência pessoal)

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ EPD, Escola Paulista de Direito - *O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho*, nov./2009. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.epd.edu.br/artigos/2009/09/o-conflito-entre-o-poder-do-empregador-e-privacidade-do-empregado-no-ambiente-de-tra>.

que, quando disponibilizada, deixa de ser de ordem privada, sendo oferecida mediante uma relação de subordinação entre o empregado e o empregador. Porém, qual o motivo de o empregador desejar informações íntimas de ordem pessoal? Será que ele tem direito de selecionar ou de afastar algum indivíduo do trabalho devido a alguma doença ou deficiência? Qual o limite ético no controle direcional do empregador, quando depara com doença ou deficiência em exame médico em fase de pré-contratação?

Cumpra mencionar que o quesito exame médico abarca uma infinidade de possibilidades investigativas da saúde do empregado, pois a evolução da medicina é constante. Segundo Barbas¹⁷ e Rezende¹⁸, a evolução da medicina passou por momentos ímpares, cada qual calcado em descobertas científicas, revolucionando o comportamento social de sua época, a saber: medidas sanitárias, procedimentos cirúrgicos com anestesia, uso de vacinas preventivas contra doenças, antibióticos, diagnóstico por imagem, fecundação artificial e transplante de órgãos.

No século XXI, o que marca a evolução científica é a investigação genética, mais precisamente, o Projeto Genoma Humano. A origem de tal Projeto remonta ao final do século XX. Por meio do mapeamento do genoma humano, os seus objetivos reportam-se ao delineamento, entre outras coisas, das predisposições hereditárias ao desenvolvimento de determinadas doenças. Assim surgiu o exame de sequenciamento genético, que revela o mapeamento genético de um indivíduo, estabelecendo sua predisposição genética quanto ao desenvolvimento de determinadas doenças^{19 20}.

Essa prodigiosidade de avanços no campo da genética e da biologia molecular também gerou uma revolução no âmbito do direito do trabalho. Nesta esteira, surgiu no campo das situações de pré-contratação uma nova modalidade de exame médico, agora de ordem genética: o exame de sequenciamento genético. Em outras palavras, ocorreu a ampliação na incursão da intimidade e privacidade do candidato ao emprego nas situações de pré-contratação, pois passou a existir a investigação de suas tendências hereditárias para desenvolver doenças. Em tal conjuntura, ao oferecer à empresa suas informações genéticas, o candidato estará ofertando dados sobre sua existência física, ou seja, dados sobre sua vida. Além disso, o exame de sequenciamento genético minimiza o candidato ao emprego enquanto ser humano, veja-se a passagem de Wilkie:

¹⁷ BARBAS, S. M. A. N. - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 20.

¹⁸ REZENDE, J. M. - *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Unifesp, 2009. p. 59.

¹⁹ PORCIONATTO, M. A. - Projeto Genoma Humano: Uma Leitura Atenta do Livro da Vida? *Circumscribere*, v. 2, p. 61-63, 2007. p. 51-63.

²⁰ *Idem*, p. 53.

“Outra possível consequência do Projeto Genoma Humano decorre não de alguma possível descoberta, mas da própria existência do projeto. Poderemos desenvolver uma visão cada vez mais ‘atomística’ dos seres humanos e mesmo da própria vida. Sob o impacto de um número crescente de descobertas sobre a genética humana, podemos passar a definir a nós mesmos e às nossas vidas em termos reducionistas, reduzindo nossas vidas a seus componentes supostamente fundamentais –, deixando assim de olhar as coisas holisticamente, deixando de perceber a complexidade e a riqueza da vida em seu todo²¹”.

Dessa forma, coloca-se como proposição de tema para um futuro estudo acadêmico a relação do exame de sequenciamento genético com o ambiente de exame médico de pré-contratação de empregado e exame médico periódico. Tal temática restará atrelada às instituições normativas portuguesa e brasileira, buscando conhecer como ocorre o exercício das liberdades públicas na situação de direito à propriedade genética do empregado por parte da empresa.

DELIMITAÇÃO

O tema exposto pode ser refinado, já que são infinitas as possibilidades de investigação, a necessitar de delimitação em sua abordagem. Adota-se, dessa maneira, foco para maior precisão investigativa na tese, consistindo este em se traçar critérios que demonstrem se há ou não a possibilidade de o empregador conhecer o patrimônio genético do empregado, ou seja, de adentrar a identidade genética do trabalhador. Tal delimitação do estudo abrange novo costume social vinculado ao universo empregatício no século XXI, influenciado pela descoberta do Projeto Genoma Humano, para se discutir se é possível ao empregador conhecer a identidade genética do empregado através do uso do exame de sequenciamento genético em empregados.

Rui Nunes²², separa a identidade em três tipos: identidade pessoal, identidade genética e identidade de gênero. Portanto, delimitar-se-á a futura investigação ao direito sobre a propriedade genética do empregado no século XXI, com fulcro nos aparatos normativos de Portugal e do Brasil. Isso englobará pareceres acerca dos direitos fundamentais, abarcando os limites constitucionais do direito à privacidade de ambos os países no caso de uso de exame de sequenciamento genético nas relações de trabalho. Observa-se que, mesmo sem legislação ordinária, é possível adotar um limite para refutar ou para referendar casos de excepcionalidade em seu uso.

²¹ WILKIE, T. - *Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 195.

²² NUNES, R. - *GeneÉtica*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 75.

FORMULAÇÃO DE PROBLEMAS

O homem se atém às suas descobertas científicas, fazendo-as indispensáveis à sua existência. O poder gerado pelo conhecimento científico por meio de ação gera efeito no campo ético, porquanto pode diminuir a integridade (física ou psicológica) do homem, estabelecendo, conseqüentemente, uma relação de violência. Cardoso²³ ressalta que não ocorre progresso sem um efeito moral, pois o progresso é intrínseco à sociedade, devendo assim ser criteriosa a sua adoção; para tanto, utiliza-se abordagem analítica com base nos direitos humanos.

Gandhi *apud* Albuquerque assevera: “o que destrói o ser humano? É a ciência sem humanidade²⁴”. Logo, não há como deixar de se estabelecer junto à descoberta científica a sua regulação por meio da ética, o que, conforme Rocha²⁵, requer o cruzamento dos preceitos de moral, de filosofia, de religião e costumes da sociedade, pilares da conduta de convívio humano. Encontra-se, assim, na ética (*ethos*) o alicerce dos valores de uma sociedade, os quais ganham importância e respeito por meio da normatização, que estabelece a organização de conduta social para disciplinar as relações sociais, evitando atitudes nocivas ao homem. Desse modo, o desequilíbrio ético se estabelece numa descoberta científica quando esta influencia ou gera algum tipo de domínio ou impacto lesivo ao homem.

Na esteira da temática proposta, o composto ético é o pilar para o uso do Projeto Genoma Humano, tornando-o produtor e respeitoso aos direitos humanos. A ética é definida como importante fator na busca pela eficiência do Projeto Genoma Humano, para que haja responsabilidade em seu uso. Para uma melhor compreensão da relação entre a ética e o Projeto Genoma Humano, cumpre estabelecer as linhas normativas que abarcam este ambiente, que pode ser benéfico, porém também pode ser portador de potencial nocividade ao homem. Nesta conjuntura, elege-se como problema-chave do estudo uma indagação fundada na relação entre duas variáveis, sendo estas a normatização e o uso do exame de sequenciamento genético.

Estima-se o seguinte problema-chave: como resguardar a identidade genética do empregado, decorrente de seu sequenciamento genético ante o empregador? Tal problema-chave abrange em seu espectro outros questionamentos para investigação, como: o uso do exame de sequenciamento genético pode ser utilizado como procedimento de seleção de pré-

²³ CARDOSO, C. M. - Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência e Educação*, v. 5, n. 1, p. 1-6, 1998.

²⁴ ALBUQUERQUE, B. P. - *As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental*. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007. p. 80.

²⁵ ROCHA, A. S. - *Ética, Deontologia e Responsabilidade Social*. Lisboa: Grupo Editorial Vida Econômica, 2010. p. 84.

contratação de empregados ou resultaria em um processo discriminatório? É ético uma empresa deixar de contratar como funcionário um indivíduo com predisposição genética à doença? No caso da solicitação de exame de sequenciamento genético em uma seleção de pré-contratação, como as doutrinas jurídicas de Portugal e do Brasil se posicionam para proteger o direito fundamental do candidato a emprego?

Todas as questões expostas norteiam a investigação da tese, a qual desenvolverá em seu conteúdo a discussão e a verificação para a sua elucidação.

OBJETIVOS

A investigação teve como mote principal os seguintes objetivos:

OBJETIVO GERAL

Apreender se é possível ou não o empregador conhecer a identidade genética do candidato a emprego ou na constância da relação de emprego.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1 – Explicar o que é o sequenciamento genético, seu uso benéfico, seu efeito discriminatório e sua confidencialidade, abrangendo também a relação ética em seu uso;

2 – Entender o direito ao patrimônio genético nas relações de trabalho;

3 – Esclarecer como na contemporaneidade ocorre a subordinação do empregado ao empregador, analisando os limites diretivos do empregador na relação de trabalho, sobretudo em ambiente de situações de pré-contratação com uso de solicitação de exame de sequenciamento genético;

4 – Analisar como as Constituições de Portugal e do Brasil amparam o direito fundamental do empregado no caso de uso do exame de sequenciamento genético em uma situação de pré-contratação;

5 – Analisar como as legislações portuguesa e brasileira estabelecem o direito à privacidade do sequenciamento genético.

JUSTIFICAÇÃO (ESTADO DA ARTE)

Para justificar a investigação da questão-chave estabelecida, destaca-se a atualidade e a importância do tema, já que não há normatização ordinária acerca da ciência vinculada ao Projeto Genoma Humano, o que coloca em embate o uso dos avanços da genética com os

direitos fundamentais dos trabalhadores, visto que tratar do âmago da vida requer ética. Ressalta-se que o Projeto Genoma Humano manipula vida, necessitando de apreciação ética em seu uso; por conseguinte, demanda orientação normativa. Logo, o uso do exame de sequenciamento genético, intrínseco ao Projeto Genoma Humano, não pode estar desvinculado da ética e da normatização dentro das relações de trabalho.

Dessa forma, o futuro estudo se justifica porque ainda não há legislação específica para uso do exame de sequenciamento genético em ambiente de seleção de pré-contratação de emprego, nas doutrinas domésticas de Portugal e do Brasil, tornando-se relevante averiguar quais os paralelos normativos disponíveis para o uso ético de tal descoberta científica. Ademais, há a necessidade de se debater o assunto, pois o Projeto Genoma Humano abre espaço na sociedade para um misto de pavor e fascínio. Vislumbrar a possibilidade de uma clonagem humana (sobretudo após a constatação da realidade da clonagem de animais), de conhecer doenças e como preveni-las e promover sua cura, constitui uma situação que, de um lado, pode engendrar fascínio e, de outro, pode também engendrar pavor na sociedade.

Assim, a adoção do exame de sequenciamento genético gera fascínio pela possibilidade de prevenção e cura de doenças, porém gera pavor pelo potencial de discriminação que tal informação pode causar, quando não privativa. Aqui, cabe destacar seu efeito discriminatório em uma relação de trabalho, quando o uso do exame de sequenciamento genético em situação de pré-contratação pode gerar triagem para a retirada de candidatos com possibilidade de desenvolver alguma doença grave, ou a dispensa, se o contrato já estiver em curso. Em tal conjectura, quando verificada a possibilidade genética de determinado candidato desenvolver câncer, ou diabetes, hipertensão ou Alzheimer, ao excluí-lo da contratação, o empregador evitaria custos e problemas futuros, como pagamento de salário a empregado com faltas e afastamentos constantes. Existe, assim, uma questão ética a ser debatida no ambiente das relações de trabalho, buscando-se a real razão de o empregador obter informações tão pessoais como as contidas num exame de sequenciamento genético.

Nesse contexto, debater à luz dos direitos fundamentais é o caminho mais adequado para que se construa um ambiente presente e futuro de manuseio positivo do Projeto Genoma Humano. Manipular a vida cientificamente, por meio do referido Projeto, significa traçar uma linha tênue entre ações positivas e negativas, sendo extremamente relevante dissertar sobre o papel das leis no direcionamento das ações positivas e no banimento das ações negativas, especialmente ao abordar o assunto mediante o uso do exame de sequenciamento genético nas

relações de trabalho. Com isto, diversos ramos do Direito se cruzam, como o direito constitucional, o direito do trabalho, o direito internacional etc.

Valer-se da potencialização no uso das leis em prol da preservação do homem implica estabelecer um debate ético, que acrescenta à sociedade novos horizontes comportamentais pautados pela não violência, oferecendo em âmbito acadêmico um parecer teórico para assessorar a ampliação do bem-estar da população. Também, por explorar campos jurídicos domésticos, o português e o brasileiro, o estudo proporcionará maior proximidade do tema com a realidade jurídica, oferecendo maior clareza analítica.

Dessa maneira, o foco do futuro estudo estará calcado no aparato normativo dos direitos fundamentais, intrínsecos aos preceitos dos direitos humanos, fato que justifica a abordagem da temática proposta, já que tende a direcionar o debate teórico voltado ao bem comum, abrangendo o possível relacionamento benéfico entre a Ciência e o homem, por intermédio das leis.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O arcabouço teórico que servirá de fio condutor à exploração temática acerca da relação do Projeto Genoma Humano e da normatização, em ambiente de uso de exame médico de sequenciamento genético na relação empregatícia, será balizado pela explanação científica e pelos preceitos dos direitos humanos, do constitucionalismo, da ética, dos direitos da personalidade e do direito da privacidade, abrangendo aspectos das legislações portuguesa e brasileira.

PROJETO GENOMA HUMANO

O primeiro momento da Fundamentação Teórica contemplará a exposição sobre a fundamentação do Projeto Genoma Humano. Em tal ambientação de investigação científica, entende-se por genoma a conjunção de diferentes genes que estipulam o funcionamento e o desenvolvimento de um ser vivo, tratando-se de um código genético com informações sobre hereditariedade, codificado no DNA (ácido desoxirribonucleico). No caso em tela, é possível valer-se de uma analogia, a saber: o aporte informacional contido no DNA pode ser equiparado a uma partitura de música, na qual previamente já se acham definidas as notas musicais que serão tocadas pelo músico em uma apresentação. Dessa forma, o genoma torna-

se um catálogo com informações sobre características do ser vivo, configurando-se num banco de dados genético²⁶.

Souza²⁷ esclarece que o ser humano é formado por 100 bilhões de células e que cada uma delas possui seu banco de dados natural, compondo tiras microscópicas de vida compactadas no DNA, sendo este o centro da vida: o genoma humano. Nesse contexto, a Ciência estabeleceu que o genoma humano é a sequência final de 23 duplas de cromossomos (as tiras microscópicas de vida), sendo metade destes de transmissão paterna (espermatozoide) e a outra metade de transmissão materna (óvulo), localizadas no núcleo de células diploides, a formar um banco de memória natural. Estima-se a existência de 130 mil genes, os quais possuem reserva de proteínas imprescindíveis na estrutura do homem, nutrindo as células, constituindo a musculatura ou defendendo o corpo de infecções.

Souza assim sintetiza:

“O Genoma Humano tem sido, com frequência, comparado a um “Livro da Vida” no qual estão escritas as informações sobre cada um de nós. Este livro está dividido em 23 capítulos (cromossomos); esses capítulos possuem milhares de histórias ou informações (genes); cada palavra é escrita por uma combinação de letras, ou bases nitrogenadas, que são apenas quatro (G, T, C, A)²⁸”.

Dessa forma, o Projeto de Genoma Humano abriu um leque informativo sobre características genéticas individuais, a fim de melhorar a qualidade de vida da população. Para tanto, o referido Projeto proporcionou um ambiente favorável para a pesquisa e a cura de doenças, para advertência prévia sobre predisposição genética de doenças, assim como para práticas de engenharia genética²⁹. Desde a sua descoberta o genoma humano mantém-se num processo de pesquisa contínuo. Conforme Barbas, “a descoberta do genoma humano vai transformar, de modo radical, este século³⁰, com aplicações quase ilimitadas no campo da saúde. Está, desde logo, aberto o horizonte para o tratamento de doenças até então incuráveis³¹”. Nesta conjuntura, a ciência genômica traduz o inédito, isso porque, “(...) na natureza não há nada mais inédito do que a própria vida³²”. Barbas refere que a vida foi, é e será uma exceção única e irrepetível. Assim, o conhecimento do genoma humano tornou-se

²⁶ SOUZA, V. J. - *Projeto Genoma Humano*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 23.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 24.

²⁹ Entende-se por engenharia genética a experimentação com a vida, como clonagem ou terapia genética, sendo esta última uma indução para troca dos genes defeituosos pelos sadios, na busca pela promoção da eficiência no processamento de proteínas.

³⁰ Lê-se século XXI.

³¹ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007. p. 69.

³² BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 127.

um caminho viável para se conhecer melhor a vida e, por conseguinte, para se descobrir meios de prolongá-la.

São tantas as possibilidades de exploração das particularidades da carga genética, que tal pluralidade pode gerar vertentes benéficas ou nebulosas. Isso porque tal metodologia de âmbito genético manuseia a vida e, conseqüentemente, mergulha num debate social ético e moral.

Nesse sentido, cabe a categorização a seguir:

a) Como benéfica – o tratamento preventivo de doenças (como, por exemplo, câncer, diabete, hipertensão, Alzheimer) e a pesquisa para a cura de doenças (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida/AIDS, fibrose cística, anemia falciforme, câncer, entre outras) são situações inegavelmente favoráveis à preservação da vida;

b) Como nebulosa – clonar um ser humano, escolher a cor dos olhos ou o sexo de um bebê ou criar uma política com base na eugenia³³ são situações ameaçadoras, que buscam ir além da preservação da vida.

Todavia, a divisão em vertentes benéficas ou nebulosas no ambiente gerado pelo Projeto Genoma Humano não possui a simplicidade descrita, porque mesmo num ambiente benéfico (na pesquisa de cura de doenças), pode haver um lado negativo, tido como nebuloso. Prontamente surge uma abordagem ambígua, devido às possibilidades advindas dos aspectos financeiro e discriminatório:

c) Aspecto financeiro – a questão relacionada ao investimento, lucro e benefício é intrínseca ao ambiente das descobertas da medicina, sobretudo aos laboratórios de exames e de fármacos, que também podem abarcar um lado bom e outro nebuloso, pois, no caso, a lucratividade dos laboratórios pode incentivar mais pesquisas, porém também pode gerar monopólios, patentes e exploração de material genético por meio de baixo ou nulo custo (usando material doado por pessoas doentes com esperança de cura para si ou parentes e demais pessoas com a mesma doença);

d) Aspecto discriminatório – o exame de mapeamento genético, mesmo possuindo o aspecto louvável de propiciar um ambiente para o tratamento preventivo de doenças genéticas ou de incentivar pesquisas para a descoberta de cura de doenças, possui o lado nebuloso de estigmatizar pessoas propensas a adquirir determinadas doenças, excluindo-as devido aos testes genéticos feitos em processos seletivos de emprego ou mesmo numa contratação de seguro de vida.

³³ Vide a barbárie gerada pelo nazismo, que advogou a eugenia em sua busca pela existência de raça humana superior.

Dessa maneira, surgem conjecturas sobre a relação do Projeto Genoma Humano com a sociedade. Como administrar o uso deste Projeto, diluindo ou anulando seus aspectos negativos ou nebulosos? Como estabelecer qual deve ser o uso moral e ético do material genético individual de cada pessoa? Como compilar comportamento social adequado ao uso da descoberta científica do genoma humano? No contexto temático da futura tese, da relação do Projeto Genoma Humano com a sociedade, despontam diversos questionamentos e dúvidas.

Decerto, o universo de estudo vinculado ao Projeto Genoma Humano é um palco cambiante, visto que aborda a dicotomia entre o seu benefício e a sua negatividade e/ou sua nebulosidade em relação à sociedade. Dessa maneira, para melhor aparelhar seu uso, faz-se prudente uma manifestação jurídica pertinente aos direitos fundamentais, para diluir a negatividade e/ou nebulosidade do uso do Projeto Genoma Humano, adequando o comportamento social à descoberta científica. Isso ocorreria tal qual o processo de homeostase no corpo humano, pois as normatizações necessitam adaptar-se às transformações sociais ocasionadas pelas descobertas científicas, sobretudo num ambiente de relação de trabalho com o uso do exame de sequenciamento genético como quesito de pré-contratação.

DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

No segundo momento da Fundamentação Teórica, enfatiza-se o preceito acerca dos direitos humanos, já que este se estabeleceu como uma compilação de fontes específicas, abarcando desde a noção filosófica do pensamento grego até o pensamento jurídico dos *jusnaturalistas*. Em síntese, com base em Celli, o recrudescimento dos direitos humanos se deu pela “[...] necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo³⁴”. Assim, o maior efeito do estabelecimento desses direitos está relacionado à busca pela equidade jurídica na sociedade, já que esta é tutelada pelo Estado.

Na história da afirmação dos direitos humanos, houve a instituição de Declarações que, conforme Moraes³⁵, destacam-se como principais: a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de Versalhes (1789). Tais

³⁴ CELLI, R. A. - Direitos e garantias individuais na fase inquisitorial do processo penal. Paraná, *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 3, p. 154-167, Jan./Jul. 2009. p. 163.

³⁵ MORAES, A. - *Direitos humanos Fundamentais: Teoria Geral Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil Doutrina e Jurisprudência*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 109.

Declarações primaram pelo estabelecimento dos direitos humanos, instituindo que o ser humano precisa ser compreendido em sua individualidade, havendo a necessidade de conhecimento sobre sua capacidade e seu modo de vida.

Cumpre destacar que o homem é dotado de personalidade; o aprimoramento desta somente é possível por meio de diversos fatores que concorrem entre si, denominados bens-interesses. A peculiaridade imprescindível desses bens-interesses teve seu ápice com sua positivação e constitucionalização, não somente com a função de impor limites a atividade estatal, mas também visando fornecer efetiva tutela do Poder Judiciário à relação entre os seres humanos. Para Bobbio³⁶ (1988), a doutrina dos direitos humanos remonta ao nascimento dos direitos naturais e universais. Pode-se dizer que os direitos humanos são estabelecidos através de um processo contínuo de construção e de reconstrução.

A Declaração de 1948³⁷ trouxe inovações para a temática dos direitos humanos, pois instaurou a concepção contemporânea de direitos humanos, calcados nos princípios de universalidade e de indivisibilidade. Universalidade porque combate pela expansão universal dos direitos humanos, com a ideia de que a condição de pessoa é condição única para a titularidade de direitos, analisando o ser humano como fundamentalmente moral, composto de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o rol dos direitos políticos e civis é ajustado ao rol dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesta conjuntura, tal Declaração combinou o discurso de liberdade com o discurso da cidadania, compilando valor de liberdade e igualdade e iniciando o desenvolvimento do Direito Internacional dos direitos humanos, com o aceite de variados instrumentos internacionais de proteção. Sobretudo, a Declaração estabeleceu a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, valendo destacar aqui seu “artigo III – Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal³⁸”.

Paralelamente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), também promoveu uma articulação entre os direitos humanos e as relações de trabalho, tendo por mote a justiça social. Isso porque as relações de trabalho, no decorrer da História, passaram por períodos marcados pela escravidão, por trabalho forçado e/ou sem respeito às condições físicas ou psicológicas dos trabalhadores,

³⁶ BOBBIO, N. - *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 58.

³⁷ ONU, Organização das Nações Unidas - *Declaração Universal dos Direitos humanos de 10 de dezembro de 1948*. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>.

³⁸ ONU, Organização das Nações Unidas - *Declaração Universal dos Direitos humanos de 10 de dezembro de 1948*. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. p. 5.

como, por exemplo, a Idade Média, com os servos subjugados aos senhores feudais, e a Idade Moderna (Revolução Industrial), com os trabalhadores das fábricas subjugados aos burgueses (comerciantes proprietários das indústrias). Para repreender tais distorções da dignidade humana do trabalhador, em uma evolução histórica, de acordo com Gonçalves³⁹ e a OIT⁴⁰, podem-se observar alguns momentos importantes da Organização em comento:

1 – 1926 – por meio do tratado Convenção sobre a Escravatura, firmou o fim da escravidão, extinguindo a possibilidade de direito total ou parcial de atribuições de direito de propriedade a respeito de uma pessoa;

2 – 1930 – Convenção nº 29, sobre Trabalho Forçado, decretou a intolerância às formas de trabalho forçado ou obrigatório;

3 – 1949 – Convenção nº 95, sobre Proteção do Salário, e nº 98, sobre sindicalização e negociação coletiva, estabeleceu o pagamento regular de salário e proibiu pagamento que gere controle sobre o trabalhador, impedindo-o de abandonar o emprego;

4 – 1951 – Convenção nº 100, sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor, instituiu que todos os trabalhadores devem ter o mesmo tratamento, não importando o gênero; 1957 – Convenção nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, concedeu reforço à diretriz anterior, acerca do trabalho forçado, não devendo este ser usado:

“a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente; b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como meio de disciplinar a mão de obra; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa⁴¹”.

5 – 1958 – Convenção nº 111, sobre A Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, instruiu especificações acerca do que é discriminação e firmou a importância ao acesso da formação profissional e das condições de emprego.

Os direitos humanos, enquanto processo de universalização, permitiram a construção de um organismo internacional de proteção destes direitos. Tal organismo é formado por tratados internacionais de proteção que consideram, especialmente, o acordo ético moderno compartilhado pelos Estados, estruturando parâmetros protetivos mínimos. Neste contexto, ressalta-se o relevante papel da Resolução 2.200, da XXI Assembleia Geral das Nações

³⁹ GONÇALVES, B. S. - *Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente*. São Paulo: Instituto Ethos, 2011. p. 122.

⁴⁰ OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. - *Institucional*. 2015. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>.

⁴¹ GONÇALVES. *Op. cit.*, 2001, p. 11.

Unidas, em 16 de dezembro de 1966⁴². Atualmente, compõem os Estados partes destes tratados universais da ONU 193 países⁴³, montante que sinaliza o grau de consonância internacional sobre temas centrais focados nos direitos humanos. Entre os países membros, estão Portugal e Brasil. Salienta-se que as diretrizes universais dos direitos humanos conferiram suporte à elaboração de Constituições domésticas.

Nesta ambientação normativa de caráter universal, vale destacar, mesmo que de forma breve, a noção da gênese dos direitos humanos aludida por Burns *apud* Chiarini Júnior:

“A este respeito, particularmente útil é a noção de “três gerações de direitos humanos”, elaborada pelo jurista francês Karel Vasak. Sob a inspiração dos três temas da Revolução Francesa, as três gerações de direitos são as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira geração, aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*)⁴⁴”.

Cabe ao Estado avaliar tal essência doutrinária; para tanto, deve garantir a eficácia dos direitos humanos fundamentais, propiciando proteção em todos os campos, como foco basilar do constitucionalismo.

Temer estabelece essa relação da seguinte maneira:

“Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica cuja finalidade é regular globalmente as relações sociais de determinado povo em dado território sob um poder. Logicamente, agregando-se a este pensamento o cerne das preocupações, que é a obrigação de se estabelecer os já mencionados direitos básicos coletivos, e também, fazer cumpri-los⁴⁵”.

Assim, os direitos e garantias fundamentais, aplicados pelas Constituições brasileira (1988) e portuguesa (1976), regem-se em face do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, o qual, por sua vez, vincula-se aos preceitos dos direitos humanos.

As respectivas Constituições domésticas estabelecem como condição normativa de fundamentação:

“República Portuguesa – Artigo 1: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. [...] Artigo 24: I - A vida humana é inviolável. II - Em caso algum haverá pena de morte⁴⁶”.

⁴² ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Resolutions: 2200 XXI*. 16/12/1966. [Em linha]. [Consult 11 de março 2015]. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.

⁴³ UNITED NATIONS - *Home*. 2015. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.un.org/en/index.html>.

⁴⁴ CHIARINI JÚNIOR, E. C. - Alguns apontamentos sobre direitos humanos. Teresina, *Jus Navigandi*, n. 242, 6 mar. 2004. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4836/alguns-apontamentos-sobre-direitos-humanos>.

⁴⁵ TEMER, M. - *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 44.

⁴⁶ MOREIRA, V.; CANOTILHO, J. J. G. - *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. v. 1, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 12-27.

“República Federativa do Brasil – Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...] Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁴⁷”.

Nesta tessitura constitucional de direitos fundamentais ampara-se o movimento moderno da História, estabelecido em meio à internacionalização dos direitos humanos. Forma-se, assim, o esforço de desenvolvimento dos direitos humanos como exemplo e referencial ético orientador da ordem internacional moderna, sobretudo pela conceituação ética integralizada após as atrocidades geradas pela Segunda Guerra Mundial, que cristalizou a descartabilidade da pessoa humana no ambiente político da eugenia nazista, representando a ruptura com relação aos direitos humanos. Sob esta ótica, é possível entender a necessidade dos direitos humanos, bem como compreender o novo feitio do direito constitucional ocidental, tamanho o impacto gerado pelas crueldades então cometidas.

No âmbito do direito constitucional, clara é a preparação de textos constitucionais receptivos aos princípios em prol da dignidade humana, sendo estes dotados de alta carga axiológica.

“Os direitos humanos articulados com relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos⁴⁸”.

Partindo dessa nova realidade, passou a existir o direito constitucional, não só como o clássico ramo político do ordenamento jurídico doméstico de cada nação, senão como principal referencial de justiça. Destaca-se, na passagem de Canotilho, o real sentido antropológico existente em todos esses documentos constitucionalistas:

“A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado⁴⁹”.

⁴⁷ BRASIL. - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 5.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 117.

⁴⁹ *Idem*, p. 362.

Barcellos⁵⁰ explica que o aparato constitucional é ferramenta do Estado para a preservação do bem-estar do homem, sendo este seu valor fundamental originário, porquanto se trata do pilar político do Estado. Dessa maneira, as Constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial passaram a ter em seu bojo uma característica renovada, assinalada pela abertura aos princípios de inclusão dos direitos humanos e de prevalência do valor da dignidade humana. Tais Constituições se encontram em perfeita consonância com a concepção moderna de direitos humanos, fundamentada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Os direitos humanos compõem um ajuste razoável para o chamado constitucionalismo global.

SEQUENCIAMENTO GENÉTICO, ÉTICA E NORMATIZAÇÃO

Na doutrina constitucionalista, sobressai a apreciação da vida humana, eleita como bem jurídico fundamental, demandando normatização para a sua preservação. Chega-se, dessa maneira, ao direito fundamental, já representado nos artigos iniciais das Constituições portuguesa e brasileira, tratando-se de normatização específica para tudo que é raro ou vital à preservação da vida humana. Aqui, cabe a ressalva de Sarlet: “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais ou elementares do ser humano⁵¹”.

Deste modo, a doutrina constitucional que permeia as Constituições portuguesa e brasileira estabelece respeito à dignidade humana, delimitando poder em prol do desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo por meio do alicerce ideológico primordial do direito à vida. Nesse viés, a dignidade da pessoa humana, no entendimento de Sarlet, é compreendida como

“A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁵²”.

O Estado, ao usar o mote do direito à vida, eleva a normatização à interpretação com abrangência dupla, pois tanto protege a situação de se continuar vivo como também a de se ter

⁵⁰ BARCELLOS, A. P. - *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 31.

⁵¹ SARLET, I. W. - *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.^a ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57.

⁵² SARLET, I. W. - *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

uma subsistência digna. Alexy⁵³ vai mais além, ao complementar a abrangência do direito à vida, declarando-a como uma relação entre um titular e um objeto, que resulta no “estar vivo”. Dessa forma, o direito à vida se estabelece no nascimento, sem quaisquer possibilidades de renúncia e/ou transmissão, sendo também indisponível. Diniz explica que “o direito à vida integra a pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência⁵⁴”.

Conservar a vida é o fio condutor das legislações e das doutrinas, sem possibilidade de dispor sobre esse bem maior – salvo em caso de ação lesiva vinculada à legítima defesa ou necessidade. Isso porque, conforme Diniz, “a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido⁵⁵”.

Para Canotilho⁵⁶, não violar a vida é não agredi-la; todavia, há maior complexidade em tal relação, porque quando se estabelece o direito à vida elege-se um direito subjetivo de defesa. Logo, o direito em comento resta salvaguardado, já que o Estado não pode violá-lo, assim como as demais pessoas que conformam a sociedade igualmente não o podem.

Com base em Orgaz⁵⁷, a vida pode ser considerada como desígnio de qualidade do indivíduo, não constituindo um direito subjetivo do indivíduo, já que é tutelada pelo Estado e independe da vontade do indivíduo. Para esse autor, não há direito privado à vida, ocorrendo a nulidade jurídica das ações em que o indivíduo coloca sua vida em risco ou disponibiliza sua vida a outrem, salvo numa ação vinculada a experimento científico destinado ao bem-estar urgente da coletividade, sendo esta uma ação gratuita.

Ambas as interpretações estabelecem um direito, o direito à vida, o qual não tem conotação de liberdade quando aplicado, pois, há impedimento irrestrito de se atentar contra a vida, seja por parte do Estado, seja por parte de integrantes da sociedade.

Com base nos artigos constitucionais portugueses (artigo 24) e brasileiro (artigo 5º), é possível absorver a conjectura de Diniz:

“[...] a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar... tem eficácia positiva e negativa. [...] Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana⁵⁸”.

⁵³ ALEXY, R. - *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

⁵⁴ DINIZ, M. H. - *O Estado Atual do Biodireito*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

⁵⁵ *Idem*, p. 40.

⁵⁶ CANOTILHO. *Op. cit.*, 2003, p. 1.217.

⁵⁷ ORGAZ, A - *Personas Individuales*. Buenos Aires: Depalma, 1947. p. 96.

⁵⁸ DINIZ. *Op. cit.*, 2002, p. 22.

Tal cuidado normativo de respeito à dignidade humana como proteção à vida tornou-se um desafio ético no âmbito das descobertas científicas. Segundo Bobbio⁵⁹, a liberdade da investigação científica não deve ser freada, todavia, deve manter harmonia com a ética e com as leis. É neste ponto que recai certa complexidade do direito à vida, pois há dificuldade em se mensurar a influência da ciência em seu aporte.

Novas descobertas, principalmente as feitas nos últimos 200 anos, elegeram um novo tipo de interação social e cultural, estabelecendo dependência da humanidade ante elas. Atualmente, as descobertas científicas permitiram ao homem o domínio próprio e o da natureza, fazendo-o interferir em sua condição natural de vida, sem saber quais as consequências das ações geradas por tal domínio. A descoberta do genoma humano abriu precedentes para novos comportamentos e a interferência na condição de vida humana⁶⁰.

Das diversas possibilidades de uso do sequenciamento genético surgiram consequências nas relações humanas que afetam a dignidade humana e a vida propriamente dita. Como exemplo, a possibilidade de consulta por terceiros de dados de sequenciamento genético, sem sua integralização de sigilo ou de privacidade junto ao indivíduo testado. Tal situação pode afetar sua vida social e profissional, pois ter seu histórico de tendência de doenças genéticas liberado para consulta de terceiros pode implicar efeito discriminatório na sociedade.

Zatz assim versa sobre o assunto:

“As novas tecnologias que vêm sendo introduzidas permitirão, em pouco tempo, a identificação de centenas de genes ‘patológicos’ em uma única reação. É inquestionável que as companhias de seguro-saúde e seguro de vida teriam o maior interesse em obter essas informações, isto é, saber que doenças teremos risco de desenvolver e a data prevista da nossa morte. E os nossos empregadores também não teriam interesse em obter tais informações sigilosas? A questão é: seremos capazes de manter o caráter confidencial de nosso perfil genético? Poderemos não concordar em nos submeter a um teste de DNA? Para aqueles que acreditam que implementar um banco de DNA da nossa população ainda é uma realidade distante, basta lembrar que recentemente se propôs que todos os recém-nascidos em São Paulo tivessem uma amostra de DNA coletada (a partir de sangue do cordão umbilical) para se obter uma impressão genética de cada um. Para encobrir os interesses comerciais (já que haveria um custo para cada exame), o motivo alegado foi evitar a troca de crianças em maternidade. E se essa coleta fosse obrigatória?⁶¹”.

Drell *apud* Cardoso, cientista vinculado à descoberta do genoma humano, ressalta a importância do comportamento ético em seu uso: “Uma das maiores preocupações éticas em

⁵⁹ BOBBIO. *Op. cit.*, 1988, p. 32.

⁶⁰ ZATZ, M. - Projeto Genoma Humano e Ética. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 47-52, 2000.

⁶¹ *Idem*, p. 48.

relação ao Projeto Genoma é a divulgação dos dados genéticos individuais para seguradoras de saúde e empregadores. [...] O problema será a interpretação errônea de testes de DNA⁶²”.

Por meio da conduta ética, o homem torna-se um sujeito, e não objeto de uso do Projeto Genoma Humano. Para tanto, a trilogia bioética harmoniza critérios morais de escolhas, que permeiam as decisões entre o médico, o paciente e a sociedade. A eleição dos critérios bioéticos de proteção à vida está calcada no diálogo entre a ciência e a sociedade, levando em conta valores econômicos e socioculturais.

A bioética não depende só dos diálogos, pois necessita também do apoio da normatização para oferecer eficiência aos seus preceitos de conduta ética. Meirelles explica que o biodireito “é a fundamentação e a pertinência das normas jurídicas, de maneira a adequá-las aos princípios e valores relativos à vida e à dignidade humana trazidos pela Ética⁶³”. É assim que se estabelece o valor e o respeito ao homem na ciência, quando se consagra o preceito da dignidade humana.

Nesta esteira, surgiram novas interpretações normativas para salvaguardar a vida, assim como para ordenar o uso da descoberta científica do genoma humano de forma ética, sempre em observância ao respeito pela dignidade humana. Barbas sintetiza a situação quando destaca que séculos e mais séculos de várias civilizações jurídicas conferiram ao homem um direito fundamental: a tutela da sua própria personalidade; mas adverte para o fato de, concomitantemente, séculos e séculos de civilizações médicas puseram em “risco” a sua “inviolabilidade” e a “respectiva comercialização⁶⁴”.

No caso, a tutela da personalidade se estabelece através do domínio e da autonomia do indivíduo em gerir sua personalidade, numa ambientação de direito subjetivo. A personalidade consiste numa junção de características internas do indivíduo, que abrange seu aporte material e moral manifestado no ambiente coletivo em que vive, sendo um atributo não identificável. “Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno dessas categorias gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser”, conforme especifica Souza⁶⁵.

Cupis esclarece os direitos da personalidade, destacando-os assim:

⁶² CARDOSO. *Op. cit.*, 1998, p. 2.

⁶³ MEIRELLES, J. M. L. - Bioética e biodireito. In BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 96.

⁶⁴ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 245.

⁶⁵ SOUZA, S. I. - *Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade*. São Paulo: Manole, 2002. p. 1.

“I – Direito à vida e à integridade física. II – Direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver. III – Direito à liberdade. IV – Direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo). V – Direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal). VI – Direito moral de autor⁶⁶”.

França⁶⁷ os segmenta em três vertentes de direito: da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral. Instala-se, dessa maneira, conforme Beltrão⁶⁸, uma situação para além dos direitos pessoais, pois os direitos da personalidade abarcam a fundamentação ética da dignidade da pessoa humana, sendo estes inatos ao ser humano. Esse autor acrescenta que o respeito aos direitos da personalidade é intrínseco à relação humana, fazendo parte da consciência do comportamento individual das pessoas; portanto, não deveriam necessitar de normatização direta. Fermentão⁶⁹ complementa tal entendimento ao frisar que os direitos da personalidade se vinculam à garantia individual de valores tais como: sentimento, inteligência, desejo, equidade, segurança e evolução da própria personalidade.

Para Barbas⁷⁰, descobertas científicas podem violar os direitos da personalidade, e até comercializá-los. Deste modo, cabe à filosofia do direito equilibrar a “relação” entre o grande “princípio da igualdade do homem” e o “princípio da liberdade deste mesmo homem⁷¹”.

Bittar⁷² assevera que os contornos dos direitos à personalidade revelam uma proximidade entre a normatização e a contemporaneidade da vida humana, a qual se mantém em contínua transformação, tanto no tempo como no espaço. Logo, a tutela da personalidade, enquanto direito fundamental, pode ser empregada para a preservação da dignidade humana, mesmo que haja renúncia a ela ou sua transmissão por parte do titular, de forma livre e consciente. Compreendido o direito da personalidade, torna-se cabível a análise da vida privada, já que é parte integrante do direito da personalidade, de acordo com Costa Júnior⁷³ e Fregadolli⁷⁴.

⁶⁶ CUPIS, A. - *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961. p. 53.

⁶⁷ FRANÇA, R. L. - Direitos privados da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 370, p. 10-11, Ago/1966.

⁶⁸ BELTRÃO, S. R. - *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15-20.

⁶⁹ FERMENTÃO, C. A. G. R. - *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 18.

⁷⁰ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 244.

⁷¹ *Idem*, p. 245.

⁷² BITTAR, C. A. - *Os direitos da personalidade*. 5.^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

⁷³ COSTA JÚNIOR, P. J. - *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 75.

⁷⁴ FREGADOLLI, L. - *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 151.

Para Fregadolli⁷⁵, a privacidade é um atributo da personalidade que estabelece vínculo de direito, não sendo este um direito de origem patrimonial; trata-se, sim, de um direito a atributo indisponível e absoluto da personalidade. Estabelece-se assim o direito à privacidade, elemento maior do que o direito de o indivíduo ter paz ou tranquilidade⁷⁶, posto ser um direito de proteção à dignidade humana e, por conseguinte, um elemento constitucionalista pertinente ao direito fundamental.

Assevera Costa Júnior⁷⁷ que o direito à privacidade estabelece controle do indivíduo em seu domínio privado, em sua intimidade, em sua ordem pessoal. Portanto, com base nos artigos constitucionais português (artigo 24) e brasileiro (artigo 5º), os direitos fundamentais protegem o direito à privacidade, como uma expansão da personalidade. Trata-se, portanto, o direito à privacidade, de proteção à intromissão (ou conhecimento) de terceiros acerca de fatores restritos à vida pessoal de um indivíduo, o qual deve decidir se suas particularidades podem ser partilhadas ou não, e ainda, em quais circunstâncias isso pode acontecer.

Além do limite instituído pelo interessado ao direito à privacidade, esta pode ser limitada pelo interesse público ou pela liberdade informativa ou de expressão. Protege-se, desse modo, a esfera privada do domínio de terceiros, ou mesmo do domínio público. No caso, a intimidade do indivíduo se estabelece como um bem jurídico, constituído por meio de valores de ordem material, moral e espiritual. Há uma magnitude subjetiva no direito à privacidade, que faz com que este seja trabalhado por meio da jurisprudência, a qual, considerando-o como parte dos direitos da personalidade, pode instituir sua tutela.

Neste contexto, com base em Navarro⁷⁸, encontra-se no direito à privacidade a busca por controle da autodeterminação informativa, uma vez que com as tecnologias atuais existe possibilidade de construção de banco de dados, os quais perpetuam informações pessoais. Daí a necessidade de determinações para coleta, uso e cessão de uso daquelas por terceiros. O indivíduo necessita de proteção para seus dados pessoais; dessa forma, é prudente eleger “o direito fundamental à autodeterminação informativa, erigido sobre os pilares constitucionais

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Observa-se que até à Declaração dos Direitos Universais do Homem (1948), o direito à privacidade se resumia à proteção da paz ou tranquilidade; somente após ela se conferiu maior calibre protetivo, abarcando a proteção aos direitos humanos.

⁷⁷ COSTA JÚNIOR. *Op. cit.*, 1995, p.75.

⁷⁸ NAVARRO, A. M. N. P. - Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. *Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ)*, Edital nº 9, 2011. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.

dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade⁷⁹”.

No caso da Constituição portuguesa, a autodeterminação informativa vincula-se aos parágrafos segundo, terceiro e quarto do artigo 35, os quais estão em consonância com os preceitos fundamentais dos artigos 1 e 24, a saber:

“[...] 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expreso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais devidamente previstos na lei⁸⁰”.

Ressalta-se que o parágrafo quarto do artigo 35 prima pela protecção ao direito de acesso e de retificação, tal como o *right of access and correction* (instituído pelo *Federal Privacy Act*, de 1974). Com base na análise do artigo 35, Canotilho ressalta: “[...] contrapondo-se à ideia de arcana *praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais⁸¹”.

No Brasil, ainda não há especificidade constitucional para a autodeterminação informativa, todavia há vínculo desta com o parágrafo segundo do artigo 5º, que especifica: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”⁸²”.

Dessa maneira, o uso de informações de sequenciamento genético por terceiros cinge-se ao direito da autodeterminação informativa, que hierarquicamente se institui com base no direito à privacidade. Para Costa Júnior⁸³, o direito à privacidade está intimamente relacionado ao cientificismo, porque o progresso científico gera produto (ou serviço) para consumo, que, por sua vez, afeta a vida humana, acarretando efeito em sua personalidade. Nesta esteira, a ciência genética, que altera curso biológico e cria banco de dados informacionais pessoais, permeia o direito à privacidade, necessitando de orientação ética em seu curso evolutivo científico.

⁷⁹ *Idem*, p. 1.

⁸⁰ MOREIRA, V.; CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.*, 2007, p. 47.

⁸¹ CANOTILHO. *Op. cit.*, 2003, p. 515.

⁸² BRASIL. *Op. cit.*, 2003, p. 6.

⁸³ COSTA JÚNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 75.

Portanto, cria-se na contemporaneidade a necessidade social de leis sobre o ambiente informacional privado de dados genéticos, como esclarece Altavila: “Desde que o homem sentiu a existência do direito, começou a converter em leis as necessidades sociais. Para trás havia ficado a era da força física e da atrocidade [...], e a sensação do justo e do equitativo se infiltrava pelas frinchas do seu espírito⁸⁴”.

A proteção da privacidade dos dados pessoais genéticos é um novo paradigma nas relações sociais, devendo haver adequação da normatização, abalizada conforme a explanação de Jhering:

“O direito é o trabalho sem descanso e não somente o trabalho dos poderes públicos, como também de todo povo. Se abraçarmos em um momento dado toda sua história, ele nos apresentará nada menos do que o espetáculo de toda uma nação, desenvolvendo sem cessar, para defender seu direito, tão penosos esforços quanto os que emprega para o desenvolvimento de sua atividade na esfera da produção econômica e intelectual⁸⁵”.

Ainda com base em Jhering:

“Aquele que for atacado em seu direito deve resistir; – é um dever para consigo mesmo. A conservação da existência é a suprema lei da criação animada, por quanto ela se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém a vida material não constitui toda a vida do homem; tem ainda que defender sua existência moral, que tem por condição necessária o direito: é, pois, a condição de tal existência que ele possui e defende com o direito⁸⁶”.

Portanto, cabe ao direito abraçar a dignidade humana, conservando-a ante o desenvolvimento científico contínuo do Projeto do Genoma Humano, e firmando, através do princípio ético, sua preservação. Lança-se mão, para tanto, dos conceitos normativos pertinentes aos direitos da personalidade, ao direito à privacidade e ao direito à autodeterminação informativa, fazendo-se assim jus à proteção à dignidade humana.

METODOLOGIA

Para colocar em prática a investigação proposta, será adotada uma metodologia de ordem qualitativa, abrangendo o procedimento usual de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental, com objetivos de viés exploratório e explicativo.

De acordo com Lakatos e Marconi, a pesquisa bibliográfica é entendida como “um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância⁸⁷”, obtidos em fontes secundárias e não originais (primeira mão). Ou seja, investiga-se e coleta-se

⁸⁴ ALTAVILA, J. - *Origem do Direito dos Povos*. 5.^a ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 13.

⁸⁵ JHERING, R. - *A Luta pelo Direito*. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 26.

⁸⁶ *Idem*, p. 39.

⁸⁷ LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. - *Fundamentos de metodologia científica*. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 158.

material na literatura, fonte de material secundário de fundamentação analítica, que permite estruturação real e contemporânea para a planificação do trabalho. Ainda em conformidade com Lakatos e Marconi⁸⁸ e Gil⁸⁹, serão eleitos como fontes de base para a composição do referencial teórico da futura tese os conteúdos de livros, de periódicos científicos, de anais de congressos, de textos académicos (teses, *papers*, textos para discussão, entre outros).

Para Gil⁹⁰, a vantagem em se adotar a pesquisa bibliográfica reside na situação da amplitude de pesquisa sobre determinado tema, já que viabiliza explorar diversos conteúdos teóricos acerca do tema, elevando a qualidade da investigação.

A pesquisa documental, consoante Gil⁹¹, Helder⁹² e Lakatos e Marconi⁹³, esteia-se na consulta de documentos da ONU, da OIT e dos institutos normativos português e brasileiro (Constituições, Códigos Legislativos e demais leis pertinentes ao tema). Destaca-se que documentos são tidos como fontes de dados originais (primeira mão); já textos que não foram analisados por autores constituem fontes secundárias.

Helder traça os contornos da fonte documental ao ressaltar que “[...] a técnica documental vale-se de documentos originais, que ainda não receberam tratamento analítico por nenhum autor⁹⁴”. Tomar-se-ão como base no desenvolvimento da tese, fontes originais, a exemplo de leis, decretos, declarações e jurisprudência. Para Gil⁹⁵, a vantagem da pesquisa documental é o uso de fonte rica e estável de informações.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ GIL, A. C. - *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 4.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Idem.*

⁹² HELDER, R. - *Como fazer análise documental*. Porto: Universidade de Algarve, 2006. p. 1.

⁹³ LAKATOS; MARCONI. *Op. cit.*, 2007, p. 158.

⁹⁴ HELDER. *Op. cit.*, 2006, p. 1.

⁹⁵ GIL. *Op. cit.*, 2009, p. 56.

CRONOGRAMA

Abaixo, apresenta-se a tabela de intenção do cronograma de elaboração da futura tese.

2016/2017/2018								
ETAPA	JANA ABR20 16	MAIA JUL20 16	AGOA DEZ20 16	JAN20 17	FEV A DEZ 2017	JAN A FEV20 18	MAR A JUN 2018	JUL A AG 2018
Entrega do projeto								
Pesquisa e coleta de material bibliográfico e documental								
Elaboração dos capítulos iniciais do referencial teórico								
Pesquisa bibliográfica adicional								
Continuação da elaboração do referencial teórico								
Finalização da elaboração do referencial teórico								
Elaboração da introdução e considerações finais								
Revisão final e entrega do trabalho								

1. DIREITOS HUMANOS

A empreitada da revisão literária da tese inicia-se no presente capítulo, que explora a conjuntura acerca dos direitos humanos, estabelecendo diretrizes sobre a importância de se entender e de se estabelecer a proteção à dignidade humana. Para tanto, versa sobre a relação do direito com a sociedade e trata da conceituação do Estado, para, posteriormente, abordar o significado do princípio de dignidade humana, englobando a trajetória histórica da relação de trabalho num contexto hostil deste princípio e discorrendo sobre a trajetória normativa dos direitos humanos.

1.1 ORIGEM DA NOÇÃO DO DIREITO

Ao longo da história da humanidade, diversos foram os contornos traçados para o direito. Em um primeiro momento, nos estudos jurídicos, o direito era considerado uma ferramenta rígida; posteriormente, passou a ser compreendido como orientação disciplinar em constante mudança.

Dessa maneira, primeiramente, nos preceitos acerca da gênese do direito, encontram-se a Escola Jusnaturalista (ou direito natural) e a Escola Teológica. A primeira se estabeleceu na Grécia clássica e em Roma, por filósofos (Heráclito, Aristóteles, Sócrates, Platão e Cícero), e a segunda, nos textos do Decálogo. Tais escolas entendiam o direito como um conjunto rígido de princípios de condutas, propagador de ideias eternas e imutáveis, advindas da vontade divina ou humana.

Depois, a Escola Racionalista (ou Escola Contratual), com sua base representativa calcada em alguns filósofos (Grotius, Hobbes, Locke, Puffendorf, Thomasius, Montesquieu e, especialmente, Rousseau), entendeu que o direito seria algo natural e positivo, vinculado à imutabilidade devido à natureza racional do homem (não mais pela vontade divina ou do homem), e sua positividade estaria vinculada ao resultado do pacto social celebrado no viver coletivo de uma sociedade⁹⁶.

Em seguida, a Escola Histórica do Direito, no final do século XVIII e início do século XIX, com base nos pensadores Hugo e Savigny, posicionou-se contrariamente ao direito natural, imutável, entendendo-o como um produto histórico, o qual não se tratava de algo divino ou de um resultado da razão, mas sim da consciência coletiva dos povos.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, S. - *Programa de Sociologia Jurídica*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 5.

Paulatinamente essa consciência coletiva seria estruturada por costumes e tradições dos povos, resultando no direito.

Segundo Cavalieri Filho,

“Seguindo essa linha de raciocínio, entendia Savigny que, em vez de um direito geral e universal, cada povo em cada época teria o seu próprio direito, expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas. A grande Escola Histórica do Direito, como se vê, foi afastar a concepção do direito natural, pelo que se esforçou em demonstrar que o direito era um produto histórico, sujeito a permanente e natural evolução, nem estabelecido arbitrariamente pela vontade dos homens, nem revelado por Deus, nem pela razão, mas sim pela consciência nacional do povo⁹⁷”.

Para Lima, “é conquista da Escola Histórica a noção do caráter social dos fenômenos jurídicos, com seus dois elementos essenciais: continuidade e transformação⁹⁸”.

Posteriormente à Escola Histórica do Direito, em meados do século XIX, surgiu a Escola Marxista, com base na doutrina filosófica de Marx, que entendia que a origem do direito advinha do Estado, não de Deus, da razão ou da consciência coletiva. Para a Escola Marxista não existe Estado sem direito, nem direito sem Estado.

Ainda de acordo com Cavalieri Filho:

“É falso, por exemplo, afirmar que todo direito emana do Estado, e que não existe direito nas sociedades chamadas primitivas. Qualquer observador é capaz de constatar que muito antes de existir o Estado, muito antes de a sociedade se organizar política e juridicamente, já existiam regras disciplinadoras do relacionamento social. Esse direito, é verdade, apresenta caracteres particulares, manifestando-se essencialmente através dos costumes, mas, indiscutivelmente, é direito. Em tempo algum uma sociedade, por mais homogênea que tenha sido, mesmo antes de existir o Estado, pôde viver sem normas de conduta⁹⁹”.

Por fim, há a Escola Sociológica do Direito, em fins do século XIX, com base em Spencer e Durkheim, a qual entendeu que o Direito se tratava de um fato social, sendo sua origem oriunda do convívio entre indivíduos em sociedade. Isso porque os seres humanos, ao interagirem em sociedade, precisam de uma orientação para disciplinar a vida em coletividade, cabendo, dessa forma, ao direito regular a vida social. Portanto, para a Escola Sociológica do Direito, o direito se origina da sociedade, e não de Deus, da razão, da consciência coletiva ou do Estado.¹⁰⁰ Aqui, não existe o direito sem a sociedade, já que se trata do resultado das relações entre indivíduos em uma realidade sociocultural. Portanto, não são regras imutáveis; são, sim, regras em constante mudança, variáveis de acordo com os grupos que a originam e com o contexto no qual se inserem.

⁹⁷ *Idem*, p. 5.

⁹⁸ LIMA, H. - *Introdução à Ciência do Direito*. 33.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 276.

⁹⁹ CAVALIERI. *Op. cit.*, 1998, p. 7.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 7.

Diniz assevera:

“Durkheim refutou o jusnaturalismo. Procurou demonstrar que os direitos naturais, inatos ou pré-sociais do indivíduo nada mais são, na verdade, do que direitos que lhe foram dados pela consciência coletiva, cujo órgão principal é o governo estatal, no decorrer de sua evolução histórico-cultural. Logo, a pressão social seria a causa dos fenômenos humanos, de modo que as manifestações superiores do pensamento não são produtos do indivíduo, mas da consciência coletiva. Consequentemente, pelo postulado sociológico-positivista, o direito vigente coincide com os valores jurídicos, que não passam do que de fato é como tal apreciado pela consciência coletiva. O direito como fato social não é simples produto da consciência individual, mas o resultado da consciência coletiva. O direito, portanto, por ser um fato social, deve ser estudado pelo método sociológico¹⁰¹”.

Importante destacar que cada uma das escolas descritas vincula-se a um período distinto e repercute o pensamento filosófico de diferentes épocas. Há, assim, nas abordagens acerca da origem do Direito, uma linha evolutiva de interpretação do ser humano e de suas relações em sociedade. Sem desmerecer a contribuição ao pensamento jurídico de cada escola, o prisma do fato jurídico proporciona entendimento mais profundo da presença do direito na sociedade, assessorando, inclusive, a compreensão da evolução da história do Direito¹⁰².

Por certo, o direito é uma ferramenta de organização social em processo contínuo de transformação e aprimoramento, repercutindo, portanto, um fato social. Logo, a formação do direito funde-se ao fato coloquial em uma sociedade. Dessa maneira, coube, e ainda cabe, ao Direito a delimitação de fronteiras comportamentais, tratando-se esta de sua função social em prol da disciplina coletiva.

1.2 CONCEPÇÃO DO ESTADO ANTIGO

Com base na história do direito é possível entender como ocorre essa formação sociológica do direito; sobretudo, é possível constatar como o ordenamento disciplinar se transformou ao longo da História, assim como, percebe-se que os indivíduos necessitam dessa transformação do direito para a sua organização disciplinar em sociedade.

Ao se tratar da história jurídica, podem-se perceber diferentes momentos do homem a conviver em sociedade. Num instante inicial, a Legislação Mosaica (ou hebraica) pode ser citada, quando no mundo antigo regularam-se as relações do homem com Deus e seus próximos, mediante um conjunto de comportamentos a ser obedecido. Ainda que um código jurídico religioso tenha disciplinado a sociedade, com viés penal, o crime consistia num pecado do qual o homem deveria se responsabilizar perante Deus (e não perante o Estado).

¹⁰¹ DINIZ, M.H. - *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 93.

¹⁰² ALTAVILA, J. - *Origem do Direito dos Povos*. 5.^a ed. São Paulo: Ícone, 1989. p. 36-37.

Destaca-se, também, o Código do Imperador Hamurabi da Babilônia, em sua máxima “olho por olho, dente por dente¹⁰³”. Embora este não seja o primeiro código de leis da história, seu viés de direito civil se faz interessante, já que sua importância é reconhecida por ter normatizado conceitos que serviriam mais tarde ao Direito Romano, responsável pela configuração do direito moderno.

De acordo com os parágrafos 23 e 24 do Código de Hamurabi, é possível estabelecer o preceito de que os indivíduos não deixariam de ter retorno de seus patrimônios ou, pelo menos, de ver compensados os sofrimentos danosos:

“23 – Se o salteador não é preso, o roubado deverá diante de Deus reclamar tudo que lhe foi roubado; então a aldeia e o governador, em cuja terra e circunscrição o roubo teve lugar, devem indenizar-lhe os bens roubados por quanto foi perdido. 24 – Se eram pessoas, a aldeia e o governador deverão pagar uma mina aos parentes¹⁰⁴”.

A cidade e o governador representavam àquela época o Poder Público, ficando responsabilizados pela segurança da convivência social, conforme sua atribuição. Já desde então, descortinava-se a noção do dano, tão pertinente nos casos de responsabilidade, apesar de estar claramente evidenciado pelo texto o aspecto teocrático daquela sociedade. Segundo Rocha¹⁰⁵, o que se destaca deste texto normativo é a exigência de não se deixar sem solução os direitos individuais, quando a ação do Poder Público não fosse suficientemente eficaz para atender à necessidade social.

Posteriormente, no Direito Romano, os primitivos romanos, como inúmeros outros povos, faziam justiça com as próprias mãos, defendendo o direito pela força. Entretanto, já se atentava para a ideia de responsabilidade, através da *Lex Poetelia Papiria*, que proibiu as penas corporais em função da responsabilidade civil, e instituíram que apenas o patrimônio do agente deveria responder pelo dano por ele causado. Depois, bem mais adiante na história, como consequência de longo processo evolutivo, houve a passagem da justiça privada para a justiça pública.

O Processo Civil Romano (*jus actionum*) era o conjunto de regras que o cidadão deveria seguir para realizar seu direito. O vocábulo *jus* encerrava também o sentido que os modernos emprestam a direito subjetivo, ou seja, faculdade ou poder permitido e garantido pelo direito positivo.

¹⁰³ *Idem*, p. 37.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰⁵ ROCHA, C. L. A. - Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação, Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 79-112, jul.-set./1991.

O Direito Romano, ao invés de falar em direito, preferia falar em ação, *actio*, sublinhando com isso justamente o caráter processualístico de seu enfoque, que nele suplantava a perspectiva do direito material. A dogmática dos romanos deu origem às principais codificações civis recentes¹⁰⁶.

O direito subjetivo é protegido pela ação – *actio* –, e, em sentido restrito que ainda presentemente lhe confere, é tão somente a atividade processual perante a qual o particular busca efetivar a defesa dos direitos, pondo em ação o judiciário Estatal; para isso desempenha vários atos jurídicos ordenados: o processo.

Direito e ação eram conceitos intimamente ligados no ordenamento jurídico romano; durante todo o período clássico o direito romano era mais um ordenamento de *actiones* e de formas processuais do que de direitos subjetivos¹⁰⁷. Atualmente, há um conceito comum de ação; em Roma, a cada direito satisfazia uma ação específica. Nesse sentido, a evolução do direito se fez em quatro etapas:

- “I. Da vingança privada, em que predominava a lei de Talião: “olho por olho dente por dente”, estabelecida ainda na Lei das XII Tábuas;
- II. Do arbitramento facultativo, que perdurou por toda a evolução do Direito Romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros escolhidos, sem a interferência do Estado, pelos litigantes;
- III. Do arbitramento obrigatório, que compreendeu o sistema de ações da lei, no qual o Estado passou a obrigar o litigante a escolher árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, e também passou a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la;
- IV. Da justiça pública, que compreendeu o processo extraordinário, onde a instância se desenrolava inteiramente diante de um juiz que era o funcionário do Estado, como sucede em nossos dias¹⁰⁸”.

Após a passagem deste período em comento, o Direito começa ter novos rumos a partir do Estado Moderno e seus desdobramentos. É o que segue.

1.3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A primeira fase do Estado Moderno é marcada pelo regime político autoritário e despótico do absolutismo, e com ele a teoria regaliana, também chamada feudal, na qual Estado e soberano faziam-se irresponsáveis¹⁰⁹. O poder supunha-se despótico e absolutista, e ao Estado não se poderia imputar qualquer limitação, até porque, dogmaticamente, seus atos seriam incensuráveis.

¹⁰⁶ HENTZ, L. A. S. - *Indenização do Erro Judiciário e Danos em Geral Decorrentes do Serviço Judiciário*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. p. 9.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR J. - *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 56.

¹⁰⁸ *Idem*

¹⁰⁹ OLIVEIRA, J. C. - *Responsabilidade Patrimonial do Estado: Danos Decorrentes de Enchentes, Vendavais e Deslizamentos*. São Paulo: EDIPRO, 1995. p. 14.

A teoria da Irresponsabilidade do Estado teve destaque na vigência dos Estados absolutistas, recusando a obrigação de indenizar os prejuízos ocasionados pelos administradores do Estado na atuação de suas funções aos governados. Resguardava-se assim o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças.¹¹⁰

Di Pietro¹¹¹ destaca que havia um assentamento da ideia de soberania nesta teoria, na qual o Estado se estabelecia como autoridade incontestável perante o súdito. O Estado exercia a tutela do direito, não existindo a hipótese de se agir contra ele. Por sua vez, a força da lei era estabelecida com base nos princípios de que o rei não errava e de que se devia agradar ao príncipe. Neste contexto, qualquer responsabilidade atribuída ao Estado equivalia a colocá-lo em mesmo nível que o súdito; portanto, tal fato seria um desrespeito à sua soberania.

Os preceitos de infalibilidade e de irresponsabilidade do soberano personificavam o próprio Estado (“*L'État c'est moi*”), sendo estendidos aos seus representantes que, em alguns casos, agiam por delegação dele. Nas raras hipóteses em que se reconhecia alguma pretensão à indenização pelos prejuízos sofridos pelos particulares, elas decorriam não somente do conteúdo de ilegalidade do ato, mas principalmente do interesse do Estado absolutista em ver ressarcidos aqueles prejuízos, como emanção de sua benignidade e zelo para com seus súditos, decorrente, portanto, mais de um ato de liberalidade sua que do cumprimento de um dever, muito menos de um legítimo dever jurídico¹¹².

Silva¹¹³ ensina que, nos seus primórdios, a Teoria da Responsabilidade do Estado só se reveste desta condição enquanto relativa ao fisco, isto é, enquanto relativa ao aspecto patrimonial do Estado, e não o *jus imperii* de que o Estado se revestia. No campo do direito privado era indiscutível a responsabilidade do fisco; já no âmbito do direito público, negava-se tal consequência. Desta forma, da verdadeira injustiça consequente da teoria regaliana, passou-se ao menos, à admissão da responsabilização do funcionário, representante do monarca e do Estado; isso representa um certo avanço, apesar de constituir-se em solução insatisfatória. Dias¹¹⁴ assinala a segunda fase da evolução da tese da responsabilidade do

¹¹⁰ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 19.

¹¹¹ DI PIETRO, M. S. Z. - *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 25.

¹¹² SILVA, J. C. - *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos: Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1985, p. 119.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ DIAS, J. A. - *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.41.

Estado, marcada pelo individualismo do século XVIII, que procurava resolver a questão com os princípios do direito civil.

Em 1773, pouco mais de uma década antes da Revolução Francesa, que viria finalmente a estabelecer o princípio da separação de poderes, inspirado em Montesquieu, um caso notório resolvido pelo Tribunal de Conflitos da França foi o responsável pela formulação do princípio fundamental da responsabilidade do Estado. O caso da menor Agnés Blanco, colhida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, fez com que seu pai entrasse com pretensão indenizatória na Justiça comum contra a prefeitura local, sob o argumento de que o Estado era civilmente responsável pelo acidente. A decisão inédita do Tribunal foi favorável à vítima, em uma demonstração de que a evolução conceitual de Estado bem como a nova perspectiva de estruturação jurídica de seus atos seriam inevitáveis.

Silva assevera:

“O *affaire Blanco* representa não a afirmação do princípio da responsabilidade do Estado por atos lesivos aos particulares – porquanto tal já defluía do constitucionalismo europeu e da teoria da separação dos poderes, proclamada lapidarmente pela Revolução Francesa –, porém o reconhecimento prático dos efeitos desse princípio, sem o que ele não passaria de mera afirmação doutrinária, desprovida de eficácia concreta, à semelhança dos preceitos constitucionais ditos programáticos, os quais tantas vezes remanescem sem nenhuma repercussão fática¹¹⁵”.

Com a decisão histórica do Tribunal de Conflitos da França, firma-se, segundo Oliveira¹¹⁶, a autonomia do direito administrativo e da responsabilidade do Poder Público, pois que regidos por regimes diversos, servindo o caso Blanco como um marco da fase chamada publicista da responsabilidade do Poder Público.

Conforme Oliveira,

“Firmada a concepção de Direito Administrativo como ramo autônomo em relação ao Direito Privado, a responsabilidade do Estado assume o seu próprio caráter de instituto do Direito Público, baseado fundamentalmente sobre princípios comuns a todos os ramos do direito, mas regulado em particular por normas próprias, nitidamente distintas do direito privado¹¹⁷”.

Com a instituição do Estado de Direito e de suas garantias de legalidade e igualdade como direitos fundamentais – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Revolução Francesa de 1789, deixaram de existir autoridades fora da abrangência da lei, e consequentemente sujeitos irresponsáveis.

¹¹⁵ SILVA, J. C. - *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos: Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1985. p. 119.

¹¹⁶ OLIVEIRA, J. C. - *Responsabilidade Patrimonial do Estado: Danos Decorrentes de Enchentes, Vendavais e Deslizamentos*. São Paulo: EDIPRO, 1995. p.121.

¹¹⁷ *Idem*, p.121.

Superada completamente a doutrina da irresponsabilidade da administração, adveio, paralelamente à constituição do Estado Liberal – Estado Igualdade, a doutrina da culpa civil comum, ou teoria subjetivista da responsabilidade.

Segundo Rocha¹¹⁸, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não fazia propriamente referência explícita à responsabilidade do Estado, mas apenas menção à responsabilidade do agente público: “Art. XV – *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*”.

Contudo, a ideia primordial contida na Revolução Francesa, que consagrou a liberdade, a igualdade e a fraternidade, é a da soberania do Estado, na qual se verifica o alargamento do princípio de sua responsabilidade, que viria a renovar o arcabouço jurídico do Estado¹¹⁹.

O Estado de Direito é, nessa perspectiva, forçosamente responsável; subordina as próprias autoridades. O poder irresponsável pode ser jurídico, mas não pertencerá à sistemática do Estado de Direito. Neste, o exercício do poder deve necessariamente prever a responsabilização daqueles que exorbitarem do próprio ordenamento jurídico¹²⁰.

Segundo Di Pietro,

“A formação do Direito Administrativo teve início, juntamente com o Direito Constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado”.¹²¹

Apesar disso, e a exemplo do tempo de assimilação necessário às mudanças, vigorou ainda durante muito tempo a argumentação dos teóricos da irresponsabilidade estatal. Os fundamentos jurídicos da doutrina, convenientemente elaborados, alicerçaram-se em argumentação que cabe destacar. Aqui também será tecida uma contra-argumentação, porquanto serviu de base para o pensamento sobre o tema de dano judiciário¹²².

¹¹⁸ ROCHA. *Op. cit.*, 1991, p. 111.

¹¹⁹ *Idem*, p. 111.

¹²⁰ MELLO, C. A. B. - *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 25.

¹²¹ DI PIETRO, M. S. Z. - 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Cadernos de Direito e Cidadania II*, Instituto de Estudos Direito e Cidadania, IEDEC, 2000. [Em linha]. [Consult. 14 de julho de 2015]. Disponível em http://www.academia.edu/4831655/Maria_Sylvia_Zanella_di_Pietro_-_Direito_Administrativo_-_edugomes90, p. 19.

¹²² SOUZA, J. G. A. - *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Note-se que, segundo Dergint¹²³, deve-se analisá-las com o perfeito entendimento de que o serviço judiciário consiste em serviço público, cujo objetivo precípua é zelar pela perfeição, organização e bom funcionamento, incluindo-se a responsabilização pelos danos eventuais daí provenientes. Observam-se:

a) a soberania do Poder Público – em que o Judiciário, ao exercer suas funções, o faz envolvendo a soberania estatal. A esse argumento contrapõe-se a ideia de que soberano é o Estado, e não seus três poderes funcionais;

b) a incontestabilidade da coisa julgada (*res judicata*) – baseado no pensamento de que a sentença judicial traz implícita a presunção da verdade; por conseguinte, não podendo render ensejo à tese da irresponsabilidade, é considerado o mais sólido dos argumentos. Contrapõem-se a ele: a “autoridade” da *res judicata* é um estereótipo, um mito no qual só o juiz poderia ser responsabilizado, não tendo sentido constituir obstáculo ao reconhecimento do dever estatal de indenização; os atos judiciais que não constituíssem *res judicata* estariam situados fora da proteção do argumento;

c) a falibilidade contingencial dos juízes (em razão de sua natureza humana) – contrapõe-se a este argumento o pensamento de que ele próprio justifica a responsabilidade do Estado e não a exclui, como se pretende afirmar;

d) o risco do erro judiciário assumido – neste ponto, contrapõe-se à ideia de que não se pode proporcionar que o jurisdicionado, tanto na esfera cível quanto na penal, se responsabilize pelo risco de um eventual erro judiciário;

e) a independência da magistratura – não implica irresponsabilidade pessoal, pois afetaria a independência e a criatividade da função da magistratura. A contraposição é que o princípio da magistratura não comporta análise isolada. A responsabilidade substitutiva do Estado serviria para garantir a autonomia dos magistrados¹²⁴;

f) a ausência de texto legal – argumento a que se contrapõe a ideia de que a responsabilidade estatal é um princípio inerente aos sistemas jurídicos desde o surgimento do Estado de Direito e que, por conseguinte, prescinde de texto legal.

¹²³ DERGINT, A. A. - *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹²⁴ CAPELLETTI, M. - *Juízes Irresponsáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

1.4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para o entendimento do Estado Moderno ou Estado Contemporâneo, é preciso uma incursão através da história do pensamento e das atividades jurídicas desenvolvidas ao longo dos tempos passados.

A intrínseca característica do homem de viver em grupos originou a sociedade. Por sua vez, o agrupamento de seres humanos no formato de sociedade gerou variados tipos de conflitos devido ao convívio direto. Por consequência, surgiu a necessidade da busca de um viver em socialmente com equilíbrio, de maneira regulada. Para tanto, foram eleitas as normas e leis, parâmetros de conduta e, finalmente, o Direito como referência para os padrões de comportamento.

Coube ao Estado, como regulador de interesses da sociedade, ser o ponto de oferta do Direito, cumprindo o papel de uma organização política para controlar a sociedade e protegê-la.

Destaca-se, ainda, que o conceito de Estado, nos moldes contemporâneos, como signo de nação politicamente organizada, tem sua origem na época de Maquiavel. Como esclarece Winter:

“Maquiavel, fugindo da tradição, que considera a tendência do homem para a vida em sociedade e o bem viver como naturais, sublinha que, ao contrário, os homens tendem sempre à divisão e à desunião. Deriva daí uma tensão social, marcada pelo conflito de desejos entre dois grupos sociais distintos, o povo, que deseja não ser oprimido pelos grandes, e os grandes que, inversamente, desejam oprimir e dominar o povo. [...] A política, para Maquiavel, é marcada, então, não pelo ideal cristão de unidade entre os homens, mas por algo que é próprio do homem, a constante luta pelo poder. [...] É por este motivo que os homens mentem, matam e se julgam acima dos princípios morais. [...] Todo Estado é, fundamentalmente, constituído por uma correlação de forças, fundada na dicotomia que se estabelece entre o desejo de domínio e opressão, por parte dos grandes ou poderosos, e o desejo de liberdade, por parte do povo, que, em síntese, compõe as relações sociais. A *virtù*, diz Maquiavel, consiste na compreensão desta realidade e determina a ação política do príncipe. [...] Neste conflito o príncipe é o mediador, e a solução dada por ele define o tipo de governo que rege o Estado¹²⁵”.

Segundo entendimento de Nader, consonante com a essência do pensamento de Maquiavel, porém com abordagem mais abrangente e contemporânea, o Estado pode ser explicado como “um complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo¹²⁶”.

¹²⁵ WINTER, L. M. - A Concepção de Estado e poder político em Maquiavel. *Tempo da Ciência*, v. 13, n. 25, p. 117-128, 1º semestre/2006. p. 118-120.

¹²⁶ NADER, P. - *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 166.

Nesse prisma, o Estado tem por objetivo controlar e proteger a sociedade. A população atua como instrumento e como sujeito da atividade do ma. Como objeto, subordina-se a leis e a atividades do Estado, e como sujeito, a população atua como membro da comunidade política.

Para Cachapuz¹²⁷, um dos requisitos essenciais do Estado é o elemento pessoal, pois, na ausência deste elemento, o Estado não se estabeleceria, assim como não existiria, visto que é para ele que o Estado se constitui. É justamente neste esteio de centro estabilizador da sociedade que se constitui o Estado Democrático.

Canotilho conceitua o Estado Democrático da seguinte maneira:

“[...] o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformatado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática¹²⁸”.

Tais princípios do Estado Democrático são instituídos nos Preâmbulos das Constituições portuguesa e brasileira, a saber:

“Constituição de Portugal: [...] A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno [...]”¹²⁹.

“Constituição do Brasil: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil¹³⁰”.

Segundo Dergint¹³¹ e Capelletti¹³², as Constituições, ferramentas primordiais para a manutenção do Estado de Direito, são o perfeito entendimento de que o serviço judiciário consiste em serviço público, cujo objetivo precípua é zelar pela perfeição, organização e bom

¹²⁷ CACHAPUZ, R. R. - *Arbitragem, Alguns Aspectos do Processo e do Procedimento Jurídico na Lei 9.307/96*. São Paulo: Led Editora de Direito Ltda. 2000. p. 17.

¹²⁸ CANOTILHO, J. J. G. - *Direito Constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 44. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/47058648/CANOTILHO-Jose-Joaquim-Gomes-Direito-Constitucional#scribd>.

¹²⁹ PORTUGAL - *Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005)*. Assembleia da República 1976. [Em linha]. [Consult 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>.

¹³⁰ BRASIL - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 3.

¹³¹ DERGINT, A. A. - *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹³² CAPELLETTI, M. - *Juízes Irresponsáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

funcionamento do Estado, incluindo-se aí a responsabilização pelos danos eventuais daí provenientes.

Assim, para que haja harmonização entre Estado e direito, deve-se estabelecer a confiança no direito constitucional. Para tanto, conforme Vaz, deve-se entender que:

“A expressão confiança em direito constitucional aponta para um valor ético-político que é pressuposto da ordem constitucional das democracias liberais. Como uma ordem como esta não dispõe de meios para impor a obediência aos seus próprios postulados – como, numa ordem como esta, a Constituição é única norma cujo cumprimento não é garantido por outra ou outras normas –, a sua sobrevivência pressupõe uma dimensão ético-política que, em última análise, se confunde com a confiança, cimento do consenso. Confiamos na persistência da sã pluralidade do espaço público e na persistência da capacidade dialógica dos seus agentes, fundamentos da opinião pública esclarecida e, conseqüentemente, da liberdade do voto; confiamos na dedicação do legislador ao interesse público e na desobstrução dos canais de comunicação entre Estado e sociedade; confiamos na imparcialidade da administração e na efectiva independência do poder judicial¹³³”.

Com base em Canotilho¹³⁴, a validade do instrumento constitucional implica conformidade ao seu conteúdo, que corresponde aos valores e as necessidades de determinado povo em dado momento da História. Há, por meio do ordenamento constitucional, uma positivação de poder e de valores jurídicos; daí que legitimar uma Constituição não significa somente posse de poder, mas também aceitação de ideias de justiça pela sociedade. Portanto, uma Constituição legítima e válida se instaura pelo entendimento de sua bondade intrínseca, isso feito através da percepção e do reconhecimento da sociedade de seu valor ético-político.

Logo, o Estado Democrático desempenha a função de fator de unidade normativa da nação, contendo em suas normativas constitucionais os preceitos fundamentais dos direitos humanos.

1.5 A DIGNIDADE HUMANA

Fundamentar a dignidade humana requer incursão aos pensamentos filosóficos.

Na Grécia antiga, Sócrates foi precursor, pois seu pensamento centra-se na ideia de que o homem é um ser distinto dos demais, sendo o único a possuir uma *psyché*, uma alma que o torna capaz de pensar e de querer. Segundo ele, a alma faz do homem um ser consciente, inteligente e detentor de grande responsabilidade: a de cuidar de si mesmo, a de

¹³³ AMARAL, M. L. - A proteção da confiança. In GOMES, C. A. (Org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012. [Em linha]. [Consult. 18 de julho de 2015]. Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf. p. 23.

¹³⁴ CANOTILHO. *Op. cit.*, 1993, p. 44.

buscar uma vida em conformidade com o conhecimento, mantendo sua alma sempre em boas condições.

Sócrates não falava em “dignidade” (palavra de origem latina), mas sim em *areté* (excelência, virtude): o homem é um ser único porque se preocupa não somente com a conservação do seu corpo, mas também com a preservação e a melhoria da sua alma. O cultivo da alma, da inteligência, que acontece por causa da ciência, é a *areté* humana, aquilo que faz com que o homem seja um ser singular perante os outros seres que com ele coabitam no mundo¹³⁵.

Protágoras de Abdera, membro do movimento sofista e considerado pai do relativismo filosófico, também merece destaque. Ficou famoso por cunhar a seguinte frase: “O homem é a medida de todas as coisas, daquelas que são enquanto são; das que não são porque não são¹³⁶”.

Não obstante isso, impõe-se notar que boa parte da antiga filosofia grega tem por centro das atenções a *polis*. Nela, “o indivíduo era considerado como cidadão, no sentido mais profundamente político desta palavra. O homem vivia no Estado e para o Estado. (...) A filosofia moral grega se identificava, ou tendia a se identificar, com a filosofia política¹³⁷”.

Porém, tudo isso muda quando da submissão da Grécia e do Oriente Médio ao Império de Alexandre Magno.

A partir de então passa a se tornar impossível a participação do indivíduo na vida do Estado; tanto neste como no Império Romano, que o seguirá. De acordo com Fassò:

“o indivíduo não podia continuar considerando a política como ética, como expressão total da própria personalidade: ou ficava alheio à política, isolando-se numa moral individualista dominada por problemas do homem como indivíduo, não como cidadão, ou bem se sentia cidadão, sim, porém do mundo: não, pois, *polites*, porém, *cosmopolites*. Em ambos os casos, o vínculo clássico entre ética e política estava roto¹³⁸”.

Tal situação histórica leva a filosofia estoica a realizar uma relevante ruptura com todo o passado, mudando o paradigma filosófico, o qual, para esta corrente, não mais será o Estado, mas sim o homem.

¹³⁵ REALE, G. - *História da Filosofia Antiga*. 3.^a ed. São Paulo: Paulus, 2007, p. 91-104.

¹³⁶ HELFERICH, C. - *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37.

¹³⁷ FASSÒ, G. - *Historia de la Filosofia del Derecho*. Siglos XIX y XX. Madrid: Pirámide, 1996. p. 73. A comprovação desta afirmação pode ser encontrada em Aristóteles, ao afirmar: “ainda que a finalidade seja a mesma para um homem isoladamente e para uma cidade, a finalidade da cidade parece de qualquer modo algo maior e mais completo, seja para a atingirmos, seja para a perseguirmos; embora seja desejável atingir a finalidade apenas para um único homem, é mais nobilitante e mais divino atingi-la para uma nação ou para as cidades”. *Ética a Nicômaco*, p. 119.

¹³⁸ *Idem*, p. 74.

É principalmente na ramificação estoica romana que aparece clara a importância e o valor que se atribui ao homem. Assim, dirá Cícero (106 a.C. – 43 a.C.), ao conceituar o Direito:

“há certamente uma lei verdadeira, a *reta razão* conforme à natureza, *difundida entre todos*, constante, eterna, que com a sua ordem convida ao dever e com a sua proibição afasta a fraude. Todos os povos, em todos os tempos, serão guiados por esta única lei eterna e imutável; e o único maestro e soberano de todos será Deus, ele o único autor, intérprete e legislador¹³⁹”.

Esta visão conduz ao reconhecimento da igualdade de todos os homens, e da sua qualidade racional revelada na lei eterna da razão, a qual é conforme a vontade divina. É Cícero quem formula a clássica definição de justiça como sendo “disposição (*habitus*) do espírito, que respeitando a utilidade comum, atribui a cada um seu valor (*dignitas*)¹⁴⁰”.

Igual inspiração religiosa encontrar-se-á em Lucio Aneo Sêneca (4 a.C. – 65 d. C.), que em diversas passagens de sua obra enfatiza a necessidade de fraternidade, respeito e amor recíproco entre os homens, assim expressando-se:

– “*Homo, res sacra homini*¹⁴¹” (= o homem é algo de sagrado para o homem);

– “Tratando-se do homem, não é pertinente saber quantas fazendas possua, com quanto dinheiro especule, por quantos seja saudado, em qual precioso leito descansa ou em qual esplendoroso copo beba, mas sim quão bom seja¹⁴²”;

– “São escravos. Não, bem ao contrário, são homens;

São escravos. Não, bem ao contrário, são camaradas;

São escravos. Não, bem ao contrário, são amigos humildes;

Vive com teu inferior do mesmo modo que quisesse que contigo vivesse teu superior¹⁴³”;

– “Somos membros de um grande corpo: a natureza nos tem feito parentes; ela nos tem inspirado o amor recíproco e nos tem feito sociáveis; ela tem estabelecido o equitativo e o

¹³⁹ CÍCERO, *De Republica*. – III. [Em linha]. [Consult. 11 de maio de 2015]. Disponível em <http://arci01.bo.cnr.it/irrsaeer/lat/fonti/cicer.html>. p. 22.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 53.

¹⁴¹ ULLMANN, R. A. - *Philosophy of nature in Stoicism. Filosofia Unisinos* - 9.1 (2008): 5-11.

¹⁴² SENECA, L. A. - *Seneca's Epistles Volume I*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_1.html

¹⁴³ *Idem*.

justo, e de sua essência divina deriva que é pior fazer o mal que recebê-lo; por ordem sua as mãos estão prontas para fornecer ajuda¹⁴⁴”.

O pensamento trazido pelo judaísmo, reforçado posteriormente pelo cristianismo, de igual modo reafirma e enfatiza a grande inovação que é a tomada de consciência da pessoa humana, atribuindo-se a este um valor insubstituível, uma vez que cada um é concebido como se fora a imagem de Deus.

Já no *Gênesis*, primeiro livro do Torá e da bíblia judaica, está inscrito que o homem foi o único ser de toda a criação moldado à imagem e semelhança do Criador (capítulo 1, versículos 26 e 27).

No livro dos Salmos está registrado o louvor do Rei Davi:

“Ó Senhor, Senhor nosso, quão admirável é o teu nome em toda a terra, pois puseste a tua glória sobre os céus! (...) Quando vejo os teus céus, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que preparaste, que é o homem mortal para que te lembres dele? E o filho do homem, para que o visites? Pois pouco menor o fizeste do que os anjos, e de glória e de honra o coroaste. Faze com que ele tenha domínio sobre as obras das tuas mãos; tudo puseste debaixo de seus pés.”¹⁴⁵

Em diversas passagens bíblicas, afirma Cristo que pobres, fracos, velhos, leprosos, cegos, prostitutas, reis e crianças possuem o mesmo valor, qualidade e importância. Mas é sobretudo em duas delas que se cristaliza a percepção cristã do imenso mérito e valor que se atribui a cada pessoa:

– “Vós sois o sal da terra e vós sois a luz do mundo¹⁴⁶”; – “Mestre, qual é o mandamento da lei? Respondeu Jesus: ‘Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda tua alma e de todo teu espírito. Este é o maior e o primeiro mandamento. E o segundo, semelhante a este é: Amarás teu próximo como a ti mesmo. Nestes dois mandamentos se resumem toda a Lei e os profetas¹⁴⁷’”.

Posto isso, resta claro que, em nenhum instante, tanto em textos cristãos como nos estoicos, encontram-se explícitas preocupações de se conceituar o que seja tal dignidade. Ambas as escolas, entretanto, assinalam o marco inaugural do entendimento de que tudo quanto seja feito deve ser feito para o homem, deve ter por objetivo o respeito ao homem, pois ele é portador de grande valor.

Muito mais que uma ideia, a “dignidade” nasce como uma crença religiosa: um dogma. Tanto os estoicos como os cristãos convocam os homens para uma unidade com Deus, uma unidade real e ontológica, na qual os homens se tornam um, realizando, deste

¹⁴⁴ SENECA, L. A. - *Seneca's Epistles Volume II*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_2.html.

¹⁴⁵ Bíblia, Livro dos Salmos, Capítulo 8, versículos 1 e 3 a 5

¹⁴⁶ Mateus 5, 13-14. *Bíblia Sagrada*, p. 1.288.

¹⁴⁷ Mateus 22, 36-40. *Bíblia Sagrada*, p. 1.312.

modo, a essência divina. Os primeiros ressaltam a reta razão como expressão do divino; os segundos enfatizam que foi o homem criado à imagem e à semelhança de Deus.

Ainda hoje é possível encontrar a vinculação do significado do termo “dignidade” a esta formulação estoico-cristã, retirando-se, porém, o forte conteúdo religioso que a impregnava.

De fato, uma primeira busca em dicionários revela que “ser digno” é ter brio, isto é, uma qualidade e importância intrínseca; é ser portador de alto grau de honraria e respeitabilidade¹⁴⁸.

Durante o período a que se convencionou chamar de Idade Média assiste-se à subordinação da filosofia e da ciência à teologia¹⁴⁹.

Nesta época não surgem novas elaborações sobre a dignidade, repetindo-se muito do que já se tentara esboçar. Talvez a única passagem merecedora de nota encontre-se na *Summa Theologica*, de São Tomás de Aquino, ao apontar a possibilidade de extinção da dignidade humana:

“o homem se diz feito à imagem de Deus (...) tanto que ele mesmo é o princípio de suas obras, tendo livre arbítrio e poder sobre suas obras [... porém, destaque-se...] o homem ao delinquir se afasta da ordem da razão e, portanto, decai em dignidade humana [... ou seja...] o homem é naturalmente livre e dono de si mesmo [... mas enquanto infrator...] se rebaixa em certo modo à condição das bestas¹⁵⁰”.

Com o advento do Renascimento, o homem, e não mais Deus, converte-se no centro da realidade e do mundo em que se acha inserido. A partir deste momento, o homem impõe para si a tarefa de reformulação das leis, sem esperar recebê-las de uma autoridade superior, como até então ocorria.

Trata-se de afirmar e reafirmar a dignidade do homem no contexto de sua razão, de sua inteligência, capacidade e força criadora, porém, agora, laicizado, ou seja, o homem se põe como ser autônomo em relação a Deus e à Igreja Católica. Este período é também nomeado de humanismo, e conforme explica Marilena Chaui:

“inicia-se no século XV com a idéia de *dignidade do homem* como centro do Universo, prossegue nos séculos XVI e XVII com o estudo do homem como *agente* moral, político e técnico-artístico, destinado a dominar e controlar a Natureza e a

¹⁴⁸ Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico, versão 1.5, o verbete dignidade [Do lat. *dignitate*], substantivo feminino, comporta os seguintes significados: 1. Cargo e antigo tratamento honorífico; 2. Função, honraria, título ou cargo que confere ao indivíduo uma posição graduada; exemplo: foi elevado à dignidade de reitor; 3. Autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade; como na frase: é pessoa de alta dignidade; 4. Decência, decoro; conforme está na afirmação: manteve-se em todo o incidente com perfeita dignidade; 5. Respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor; assim como ao se dizer: empobrecido ao extremo, sabe conservar a dignidade.

¹⁴⁹ FASSÒ, G. - *Historia de la Filosofía del Derecho*. Siglos XIX y XX. Madrid: Pirámide, 1996. p. 15.

¹⁵⁰ AQUINO, S. T. de. - *Summa Theologica*, I-II. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.newadvent.org/summa/>.

sociedade, chegando ao século XVIII, quando surge a idéia de *civilização*, isto é, do homem como razão que se aperfeiçoa e progride temporalmente através de instituições sociais e políticas e do desenvolvimento das artes, das técnicas e dos ofícios. *O humanismo não separa homem e Natureza, mas considera o homem um ser diferente dos demais, manifestando essa diferença como ser racional e livre, agente ético, político, técnico e artístico*¹⁵¹”. [apenas o final da citação foi grifada]

Como fruto direto desta nova concepção de mundo, o filósofo francês Blaise Pascal afirma que “toda a dignidade do homem consiste em pensar. Pensar é, portanto, pela sua natureza, uma experiência maravilhosa e incomparável”¹⁵².

Na modernidade, destaca-se o pensamento de Kant, que impulsionou o processo de secularização da dignidade, afastando-a dos preceitos religiosos e aproximando-a da autonomia da vontade do ser humano.

Esse olhar kantiano remete à ideia de que o ser humano, por ser racional, tem a capacidade de agir por meio de suas vontades, porém estas devem respeitar comportamentos morais, que podem ser universais. Vontades como, por exemplo, praticar suicídio, adquirir empréstimo sem intenção de pagá-lo no futuro ou viver em ociosidade ocasionam modos de agir que não devem ser universalizados.

Dessa maneira, faz-se oportuno um critério norteador para o homem na doutrina kantiana, a saber: agir conforme a máxima de que seja possível tornar-se uma lei universal da natureza. Para Kant, o pensar deve determinar a ação em conformidade com a representatividade das leis, constituindo um posicionamento racional do homem¹⁵³.

Conforme Kant *apud* Koranyi:

“O que é que eu quero? pergunta o intelecto. De que depende isso? indaga o juízo. O que resulta? pergunta a razão. O intelecto é positivo e dispensa as trevas da ignorância; o juízo é mais negativo, para impedir erros na penumbra onde aparecem os objetos. – A razão obstrui a fonte de erros e assim sustenta o intelecto, pela generalidade dos princípios¹⁵⁴”.

Há uma racionalidade no comportamento humano que é impregnada pela dignidade, visto existir o fator limitador do arbítrio, que é o objeto de respeito. Kant anota que “a máxima perfeição da moral do homem consiste em cumprir seu dever, por dever, de maneira que a norma não seja apenas regra, mas também a causa do ato¹⁵⁵”.

¹⁵¹ CHAUÍ, M. - *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2010. p. 272.

¹⁵² PASCAL, B. - *Pensamentos*, item 365. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.orst.edu/instruct/phl302/texts/pascal/pensees-a.html>.

¹⁵³ KANT, I. - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964. p. 69.

¹⁵⁴ KORANYI, H. - *O pensamento de I. Kant*. São Paulo: Agência Editora Iris, 1959. p. 62.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 81.

Ademais, Kant coloca a ação como resultado da vontade ao bem, apontando a razão como fonte da bondade, que serve como caminho da libertação em prol da felicidade, podendo a natureza inundar o homem com a vontade, porém é a sabedoria que o transforma de fato num homem de bem. A felicidade, mesmo que fugaz na vida, depende da conformidade de cada indivíduo, cuja ambição não deve ultrapassar os limites da razão para degenerar em orgulho e atos de maldade ou numa passividade revoltante.

Existe, assim, a percepção de que o agir humano vincula-se à ideia de humanidade, sendo esta um fim e nunca um meio. “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio¹⁵⁶”.

Tendo por base o preceito kantiano, conforme Sarlet¹⁵⁷, considera-se a dignidade como uma qualidade inerente ao homem, vinculada à sua vontade autônoma, ao seu juízo e a sua razão. Dessa maneira, o modo de agir da pessoa traduz sua lei. Portanto, o indivíduo que age com os outros da forma como gostaria que estes agissem consigo, age de forma digna. Para Sarlet¹⁵⁸, a dignidade aflora quando o homem age considerando a pessoa humana como fim e não como meio, repudiando “toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade¹⁵⁹”.

Outro pensador que fundamenta a compreensão da dignidade humana é Hegel. Em seu contexto filosófico encontra-se a dignidade humana amparada em formato baseado na teoria das vontades de Kant, porém numa forma mais ampla, abrangendo a apreciação da família, da sociedade civil e do Estado.

Segundo o filósofo, cabe ao Estado reconhecer a pessoa humana como um sujeito que possui características individuais, incluindo-o em suas necessidades especiais. Além disso, ele destaca que existe na família, na sociedade civil e no Estado a ideia de liberdade através da mediação das vontades, tida como mediação social da liberdade. Há nos preceitos hegelianos uma moralidade subjetiva que toma o homem de forma concreta, como um sujeito

¹⁵⁶ KANT, I. *Op. cit.*, 1964, p. 69.

¹⁵⁷ SARLET, I. W. - *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35-36.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 36.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 76-77.

concreto constituído de particularidades. Porém, também há a moralidade objetiva, que considera o homem reconhecido em contextos sociais concretos, ou seja, na família, na sociedade civil e no Estado¹⁶⁰.

Precisamente, o sujeito concreto se socializa através dessas mediações de suas vontades nos contextos sociais concretos. Inicialmente, tal socialização se constitui no âmbito familiar, regendo seus hábitos e sua cultura em meio à coletividade, sobretudo antes da vida adulta. Posteriormente, quando adulto, há um maior leque de interação social, além do familiar, advindo da vida profissional e do aumento da interação social, aprofundando a mediação entre suas vontades livres, em âmbito de sociedade civil.

Junto ao Estado, obtém apoio institucional para a realização da liberdade individual, justamente porque cabe ao Estado intermediar a mediação das vontades individuais ou de grupos. Portanto, é o Estado que concretiza o reconhecer externo do sujeito concreto, o que faz com que haja reconhecimento recíproco entre os indivíduos sobre suas liberdades, criando um ambiente fecundo para o conceito de dignidade, no qual “o reconhecimento recíproco é o fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um Estado juridicamente ordenado¹⁶¹”.

Nesta esteira, cabe destacar que o reconhecimento recíproco se pauta pela dignidade ética, a qual, diversamente da dignidade ontológica, que se refere ao ser da pessoa, diz respeito ao agir das pessoas (por meio de raciocínio).

Um exemplo da quebra do reconhecimento recíproco foi a Primeira Guerra Mundial. Outro exemplo, mais contundente, foi a Segunda Guerra Mundial, quando o conceito de dignidade foi colocado em xeque com a dizimação de milhões de pessoas. Em tempo, cabe aqui ainda o exemplo dos horrores do comunismo soviético, que também resultou na dizimação de milhões de pessoas. Períodos em que indivíduos foram usados como meio (coisificação) para o alcance de um fim do Estado, em clara violação da dignidade humana.

Todavia, mesmo antes das grandes guerras, situações de uso do indivíduo como meio na busca por um fim, violando sua dignidade, já ocorriam nas relações de trabalho.

Cumpram-se outros pensamentos mais recentes, e não menos importantes, acerca da dignidade.

Miguel Reale defende que a pessoa e a dignidade a ela inerente constituem os valores superiores e são fontes de todos os demais valores, pois

¹⁶⁰ SARLET, I. W. (Coord.) - *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59.

¹⁶¹ *Idem*, p. 59.

“só o homem é um ser que inova, e é por isso que só o homem é capaz de valor. (...) No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superação (...) o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, à sua capacidade de síntese, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento como no ato constitutivo de novas formas de vida. *No centro de nossa concepção axiológica situa-se a idéia do homem como ente que é e deve ser, tendo consciência dessa dignidade.* É dessa autoconsciência que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência¹⁶²”. [grifou-se]

Em verdade, o pensamento de Miguel Reale, como ele próprio declara, desenvolve-se a partir de uma ideia do existencialista italiano Nicola Abbagnano, segundo o qual “o problema do valor é o problema daquilo que o homem *deve ser*”. Como explica em outro lugar:

“o homem é, originariamente, a *possibilidade* e a procura de seu dever ser, ou seja, o homem nasce cercado por um conjunto de limitações e carências, mas também, dotado de potencialidades e de capacidades, com as quais, ao longo de sua história pessoal e individual projeto de vida, procurará a constante superação de si, objetivando a construção do *dever ser mais*, eliminando e libertando-se de suas fraquezas, carências e necessidades¹⁶³”. (grifou-se)

Para Miguel Reale, em cada pessoa habita a humanidade inteira, possuindo, qualquer homem, uma singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência. O reconhecimento do dever-ser revela que o homem jamais atinge uma forma conclusa em vida, buscando, em sua história, a unidade e a infinitude do ser¹⁶⁴.

A ânsia de investigar o conteúdo, o alcance e a extensão da “dignidade da pessoa humana” se faz presente no constitucionalismo português, principalmente nas obras de Jorge Miranda e de José Joaquim Gomes Canotilho.

De acordo com Jorge Miranda, tal expressão manifesta cinco diretrizes básicas, a saber:

- “a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas [independentemente de cor, raça, sexo, religião, nacionalidade] e é a dignidade da pessoa individual e concreta (na sua vida real e quotidiana);
- b) cada pessoa vive em relação comunitária (por isso a Constituição Portuguesa faz referência à “dignidade social”, nos artigos 13 e 59, que possuem todos os cidadãos e trabalhadores), mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si. Assim sendo, conforme declara Jorge Miranda, ele filia-se à tese de Castanheira Neves, para quem é “inválido, e inadmissível, o sacrifício desse valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe (...) o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade”¹⁶⁵;
- c) o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade, ou seja, a proteção que a pessoa como titular de bens possa merecer na

¹⁶² REALE, M. *Filosofia do Direito*, p. 189-191.

¹⁶³ REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 138-140.

¹⁶⁴ REALE, M. *Pluralismo e Liberdade*, p. 73-74.

¹⁶⁵ NEVES, C. - *A revolução e o Direito*. Apud MIRANDA, J. - *Manual de Direito Constitucional*, v. 2, p. 173.

vida econômica se mostra secundária em face da proteção do seu ser, e pode a proteção do ser de todas as pessoas exigir a diminuição do ter de algumas pessoas;
d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida – ligada à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e da exigência, ao Estado, de promoção do aumento do bem-estar social e econômico, em especial das classes mais desfavorecidas;
e) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas¹⁶⁶”.

Para Canotilho, a expressão “dignidade da pessoa humana” traduz a ideia de que o indivíduo é “conformador de si próprio e da vida segundo o seu próprio projecto espiritual”¹⁶⁷, sendo portanto “um valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude da sua simples pessoalidade¹⁶⁸”.

Alerta Canotilho que “a literatura mais recente procura evitar um conceito ‘fixista’, assim como dignidade humana em sentido cristão, democrata, marxista, sistêmico e outras vinculações¹⁶⁹”. É neste contexto que, apoiando-se na “teoria dos cinco componentes”, do constitucionalista alemão A. Podlech, Canotilho apresenta um modelo explicativo da dignidade, adotando as cinco diretrizes propostas por aquele autor germânico. São elas:

- “1º) afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável;
- 2º) garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade*;
- 3º) libertação da “*angústia da existência*” da pessoa mediante mecanismo da sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas;
- 4º) garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito;
- 5º) *igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na igualdade de tratamento normativo, isto é, igualdade perante a lei¹⁷⁰”.

Tal construção, para o conceito de dignidade, decerto engloba um conteúdo bem mais amplo que as formulações alemãs de Werner Maihofer e a do Tribunal Constitucional Alemão.

¹⁶⁶ MIRANDA, J. - *Manual de Direito Constitucional*, v. 2, p. 168-177.

¹⁶⁷ CANOTILHO, J. J. G. - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 221-222.

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. - *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 59.

¹⁶⁹ CANOTILHO, J. J. G. - *Direito Constitucional*, p. 363.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 363.

Ao estudar o conceito de dignidade conforme expresso na obra de Werner Maihofer, o doutrinador espanhol Perez Luño assim expõe:

“a dignidade humana constitui não só a garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto de ofensas ou humilhações, mas também integra a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade supõe, por sua vez, o reconhecimento da total *autodisponibilidade*, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; por outro lado, a *autodeterminação* surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza¹⁷¹”.

Consideram Recaséns Siches e o Tribunal Constitucional Alemão que a dignidade da pessoa humana representa o valor último e superior, do qual flui o princípio da liberdade¹⁷² e, ante ambos (dignidade e liberdade), “o homem goza de uma personalidade capaz de organizar sua vida de um modo responsável. Sua dignidade exige que se garanta o mais amplo desenvolvimento de sua personalidade¹⁷³”, ou ainda, seguindo o raciocínio de Kant, o conceito de dignidade pode ser explicitado por proposições genéricas que asseguram que o homem não pode ser convertido em objeto¹⁷⁴.

O Tribunal Constitucional Alemão tende a resumir a sua concepção na fórmula sobre a imagem da pessoa,

“na concepção da pessoa como ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e desenvolver-se a si mesma em liberdade. A lei fundamental não entende esta liberdade como a do indivíduo isolado e totalmente dono de si mesmo, mas sim como a do indivíduo referido a e vinculado com a comunidade¹⁷⁵”.

A extrema relação entre dignidade e liberdade é também ressaltada por Dworkin:

“a dignidade aponta decisivamente em favor da liberdade individual e não da coerção, em favor de um regime jurídico e de uma atitude que nos encoraje, a cada um de nós, a adotar decisões sobre a morte individualmente. A liberdade é o requerimento cardinal e de absoluto do auto-respeito. (...) Insistimos na liberdade porque valorizamos a dignidade e localizamos no centro desta o direito de exercer a liberdade de consciência, de forma que um governo que a nega é totalitário. (...) É tão importante viver de acordo com nossa liberdade como o fato de dispor dela. A liberdade de consciência pressupõe a responsabilidade pessoal de reflexão, e perde grande parte de seu significado quando se ignora esta responsabilidade¹⁷⁶”.

Mas o autor anglo-saxão também vincula a dignidade ao reconhecimento da importância e interesse que a vida humana possui:

¹⁷¹ MAIHOFFER, Werner. *Rechtstaat und menschliche Würde*. Apud LUÑO. A. E. P. - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 318.

¹⁷² SICHES, L. R. - *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1997. p. 334.

¹⁷³ BUNDESVERFASSUNGSG - [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://bundesverfassungsgericht.de>.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ DWORKIN, R. - *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 313-314.

“O direito de uma pessoa de ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus interesses críticos genuínos (= próprios, naturais, autênticos): que reconheça que é ser humano e que se encontra em posição moral com respeito à qual é intrínseca e objetivamente importante a forma como transcorre sua vida. (...) Interesses críticos estão conectados com nossas convicções acerca do valor intrínseco – a santidade ou a inviolabilidade – de nossas próprias vidas. (...) A dignidade é um aspecto central do valor que temos estado examinando: a importância intrínseca da vida humana (...) [é] o direito que todas as pessoas têm a que a sociedade reconheça a importância de suas vidas¹⁷⁷”.

Quase que sintetizando todos esses posicionamentos, tem-se a interpretação do Tribunal Constitucional Espanhol:

“junto ao valor da vida humana e substancialmente relacionado com a dimensão moral desta, nossa Constituição tem elevado também a valor jurídico fundamental a dignidade da pessoa, que, sem prejuízo dos direitos que lhes são inerentes, se acha intimamente vinculada com o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos à integridade física e moral, à liberdade de idéias e crenças, à honra, à intimidade pessoal e familiar e a própria imagem. Da significação destes preceitos pode deduzir-se que *a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais*¹⁷⁸”. [grifo acrescentado]

Até aqui, foram mencionados diferentes pontos de vista sobre a dignidade.

É chegada a hora de se fazer uma reflexão mais aprofundada. É que, diante da divergência de opiniões apresentadas, impõe-se empreender alguns questionamentos: é possível se apontar um entendimento comum, capaz de unificar as distintas compreensões? Qual o significado da locução “dignidade humana”? O que está em sua essência? O que ela pode representar para a vida do homem? E o que significa colocar na Constituição o princípio da dignidade?

¹⁷⁷ *Idem, Ibidem*, p. 308-310.

¹⁷⁸ S.T.C. 53/85, de 11 de abril, fundamento jurídico 8, decisão colhida através do endereço eletrônico (<http://www.tribunalconstitucional.es>). Também próxima desta abordagem está o entendimento de Luis Alberto Warat, o qual afirma que “a dignidade é a libertação de todos os referentes opressivos. Mas ela não se consegue sem solidariedades, sem que os demais aprendam a respeitar-nos em nossas dignidades. A perda da dignidade repousa, sobretudo, nas violações que os outros fazem dela. Devemos aprender a passar pelas ruas da vida respeitando ao outro em suas dignidades, sem invadi-lo com nossas soberbas, nossas verdades, ou nossos desejos de poder. Mas vejo que o homem muitas vezes foge de sua dignidade, aceitando os atropelos, as agressões dos poderes e sua autonomia. O homem perde sua dignidade quando não sabe dizer não para defender sua liberdade: no trabalho, no amor, na procura de nossas verdades ou na preservação ecológica do mundo. Devemos admitir que nos tempos atuais a dignidade é subversiva: convoca para um tipo melhor de sociedade onde, entre todos, possamos conseguir nosso respeito, impedindo as modalidades de dominação econômica, política, cultural e militar. A democracia é a luta permanente e renovada pela dignidade: um ato coletivo da sociedade que permite lutar pela dignidade dos outros, reconhecendo que suas vidas são úteis e que podem ser iguais à nossa. Ver, sentir, lembrar que a dignidade do outro se preserva respeitando suas diferenças”. *Introdução Geral ao Direito*, v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 61.

Conforme se pode observar, as mais recentes ponderações sobre o tema acham-se profundamente influenciadas pelo enunciado kantiano: o homem deve ser tratado como um *fim* em si mesmo, jamais como um meio. Mas o que significa dizer que algo é um *fim*?

Uma busca nos dicionários revela que falar de *fim* é o mesmo que aludir a *finalidade*, *intenção*, *meta*, *objetivo*, *alvo*, *fito*, *mira*, *propósito*, todos esses sinônimos daquela palavra¹⁷⁹.

Neste contexto, já se percebe o primeiro traço configurador da dignidade humana: o *direito de receber um certo tratamento*. É indispensável proteger o homem em suas várias dimensões (física, moral, psicológica, intelectual, espiritual, social, entre outras), para que ele possa atingir suas intenções mais íntimas.

Por outro lado, é empírico – e cientificamente comprovado – que o homem, no transcurso da vida, é chamado, por diversas vezes, a enfrentar situações embaraçosas, que o remetem a dificuldades ou aflitivas carências. Diante de tais circunstâncias o homem procura se safar através do uso de suas habilidades, talento e força criadora.

E se por vários milênios a experiência humana na Terra teima em continuar conduzindo a espécie, progressivamente, ao maior domínio científico, tecnológico e de outras habilidades, isto comprova o potencial humano em vencer os obstáculos.

Regra geral, o homem é um ser pleno, cheio de capacidades e potencialidades que podem e devem ser desenvolvidas para solucionar e conquistar sonhos e desejos.

Ao sair da passividade para a posição de ativa reação, diante das situações e entraves que são postos pelo meio que o circunda, o homem não só anseia sobreviver; almeja, também, a conquista de melhores condições de vida; ambiciona uma contínua *superação de si*. Seu *objetivo* é alcançar *melhor qualidade de vida e a riqueza do ser humano, em plenitude de realizações*. Se não for assim, como explicar a incessante luta do homem, desde seus primórdios, pelo progresso e aperfeiçoamento técnico, científico e artístico; pelo conhecimento do corpo; pela ânsia do bem-estar individual e/ou social; pela ampliação do saber?

Assim, a segunda marca do conteúdo da dignidade é *a busca pela liberação de todos os mecanismos indispensáveis para o constante aperfeiçoamento e superação do homem*. E

¹⁷⁹ De acordo com o Dicionário Aurélio Eletrônico, versão 1.5, o verbete: fim [Do lat. *fine*], substantivo masculino, comporta os seguintes significados: 1. Conclusão, remate, termo final: Tudo tem um fim. 2. Extremo, raia, limite: Estava no fim de suas forças; Minha paciência chegou ao fim. 3. A última parte ou fase de qualquer coisa: Chegou no fim da tarde. 4. Extremidade, limite: A loja é ali no fim da rua. 5. Causa, motivo: Ver a criança foi o fim que me trouxe aqui. 6. Intenção, propósito: “O primeiro fim das *Farpas* foi promover o riso”. (Eça de Queirós, *Notas Contemporâneas*, p. 33); O meu fim, ao fazer esta viagem, foi ser-lhe útil. 7. Alvo, fito, mira: A glória é o seu fim. 8. Morte, falecimento: Nunca se sabe quando chega o fim.

tudo isso para a suprema preponderância da qualidade, riqueza e plenitude da vida humana¹⁸⁰.

Ante o exposto, frise-se:

a) a dignidade pugna pelo respeito e valorização incondicional da condição humana; pela construção do ser-mais, ou seja, requer a aquisição da felicidade, a ampliação dos conhecimentos, a libertação das calamidades, a obtenção do necessário, a satisfação do viver e do conviver, o livre desenvolvimento e o aprimoramento da personalidade do homem.

Não só a dignidade, como também a *seguridade social*, entre outros mecanismos jurídicos, são postos como garantias de condições mínimas e básicas de vida, na luta pelo direito a um modelo de vida capaz de garantir ao homem e à sua família saúde e bem-estar, nisto incluindo alimentação, vestuário, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis e proteção diante de situações imprevistas e/ou contingenciais, como o desemprego, doenças, viuvez, invalidez, velhice, entre outros casos de perda dos meios de subsistência;

b) a liberdade é uma condição necessária, porém não suficiente da dignidade humana. A ideia de liberdade há de ser formulada a partir do conceito de dignidade, e não o contrário.

Daí se concordar com as recentes decisões do Tribunal Constitucional Alemão, o qual vincula a liberdade à dignidade. Usando as palavras daquela Suprema Corte, “o indivíduo tem de aceitar aquelas restrições de sua liberdade de ação que o legislador projeta para o cultivo e a promoção da convivência social dentro dos limites do exigível¹⁸¹”. A liberdade é restringível, mas não em virtude de razões quaisquer, senão diante de razões suficientes (como direitos de terceiros e interesses coletivos)¹⁸².

Portanto, deflui-se que é possível se fixar o conceito daquilo que se está a tratar quando se fala da “dignidade da pessoa humana”.

¹⁸⁰ Com a alusão à *riqueza do ser e da vida humana* não se pretende instigar os intentos materialistas *do mais ter*, mas sim aludir à *necessidade de apreensão dos elementos imprescindíveis ao ser-mais*.

¹⁸¹ BUNDESVERFASSUNGSG - [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://bundesverfassungsgericht.de>.

¹⁸² Conforme leciona Nicola Abbagnano, “a liberdade não é uma escolha, mas antes uma ‘possibilidade de escolha’: isto é, uma escolha que uma vez efetuada pode ser ainda e sempre repetida com relação a uma situação determinada (...) as liberdades políticas são possibilidades de escolha que asseguram aos cidadãos a possibilidade de escolha ainda. Um tipo de governo é livre não simplesmente se é escolhido pelos cidadãos; em certos limites [deve significar] uma contínua possibilidade de escolha, no sentido da possibilidade de mantê-lo, ou modificá-lo ou eliminá-lo. As denominadas ‘instituições estratégicas da liberdade’, como as liberdades de pensamento, de consciência, de imprensa, de reunião etc. (...) têm exatamente a finalidade de salvaguardar aos cidadãos a possibilidade de escolha no domínio científico, religioso, político, social etc. (...) Portanto, os problemas da liberdade no mundo moderno não podem ser resolvidos por fórmulas simples e totalitárias (como seriam sugeridas por um conceito anárquico ou necessarístico), mas pelo estudo dos limites e das condições que, num campo e numa situação determinada, podem tornar efetiva e eficaz a possibilidade de escolha do homem”. Ver *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 584.

Ao se pinçar tal ideia para alçá-la no plano jurídico-constitucional, tem-se que o legislador estabelece quais são os passos, os caminhos e as diretrizes a serem seguidos – conforme a específica realidade de seu país – para se concretizar os propósitos de constante superação e aperfeiçoamento do ser humano, de modo que também o Estado participe e busque tornar efetiva a construção e a vivência da dignidade da pessoa humana, como imperativo constitucional e perene anseio da sociedade.

1.6 AS RELAÇÕES DE TRABALHO

De maneira ampla, o trabalhar é tido como uma atividade humana que modifica a natureza, usando uma dada matéria. Tido tanto como uma atividade boa como ruim, o trabalho abarca uma dicotomia, já que o trabalhador pode tanto auferir benefícios por meio de sua atividade, como também pode ser explorado em sua prática. Ao ser explorado, o homem torna-se meio para uma futura conquista, num ambiente de violação de sua integridade física ou psíquica. A história do trabalho apresenta momentos distintos, que expõem situações de violação da dignidade humana, como, por exemplo, a situação de trabalho escravo.

Os mesopotâmios e os egípcios foram povos da Antiguidade que usavam o trabalho escravo, tendo o homem como meio na busca de um fim. Na Mesopotâmia, cerca de 2.000 anos antes de Cristo, o Código de Ur-Nammu já dividia os sumérios em duas classes: homens livres e escravos. O mesmo ocorreu na região no período de domínio dos acadianos, com o Código de Hamurabi, em 1694 a.C. Já os egípcios tinham estrutura social estratificada de forma diferenciada. Em torno de 3.000 a.C., hieróglifos apontam que existiam escravos, servos da gleba e trabalhadores livres; os dois últimos, quando convocados, eram obrigados a trabalhar em obras públicas¹⁸³.

Posteriormente, em Roma, na Antiguidade Clássica, no século I a.C., o costume do uso de escravos permaneceu na pauta social. Prisioneiros de guerra eram transformados em escravos, visto que havia maior proveito em não matar o inimigo, para poder escravizá-lo.

Do Baixo Império até a Idade Média, o uso da escravidão foi se enfraquecendo, devido às fugas, às rebeliões e à formação de grupos foragidos delinquentes, além do custo de manutenção dos escravos. Nesta conjuntura, escravos passaram a ser servos de gleba, tinham responsabilidade por sua sobrevivência (alimentação, moradia etc.) e podiam se alugar para terceiros e/ou pagar corveia ao senhor (trabalhar de graça alguns dias para fazer uso de terras

¹⁸³ AQUINO, R. S. L.; *et al.* - *História das Sociedades*. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1988. p. 41.

para plantio em seu benefício). Ao contrário dos escravos, os servos eram fiéis aos senhores, não ofereciam perigo e produziam por um menor custo.

Conforme Nascimento, “de escravo a servo, o camponês passava a agir como homem livre, embora ainda enfrentasse pressão de um poder econômico nunca disposto a ceder o mínimo sequer de seus privilégios¹⁸⁴”.

Todavia, o servilismo não foi o fim da escravidão, que continuou a existir na Idade Média e até após a ascensão do Cristianismo, que disseminou conceitos religiosos de respeito ao próximo e igualdade entre os homens. Ainda na Idade Moderna havia a prática da escravidão, como no período de colonização da América, quando índios e os povos africanos foram usados como escravos¹⁸⁵.

Na transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, com o início da Revolução Industrial, a relação de trabalho tomou novo rumo, isso porque o patriarcalismo enfraqueceu o servilismo e a escravidão, dando lugar ao trabalho assalariado. Apesar do cunho libertador do trabalho assalariado, no início de seu uso não havia regras, portanto, existiu exploração latente do indivíduo trabalhador.

Para o trabalhador assalariado não existia dia de folga; os locais de trabalho eram insalubres, o salário era baixo e o horário de trabalho podia superar 15 horas diárias, quando trabalhadores exerciam suas atividades até o fim de suas forças, caso contrário eram considerados pelos patrões como negligentes ou insubordinados. Além dos homens, crianças e mulheres, mesmo grávidas, participavam dessas condições de trabalho, até porque eram mão de obra mais barata, com salários inferiores aos pagos aos homens.

Tocqueville retrata tal relação na seguinte passagem:

“Desta vala imunda a maior corrente da indústria humana flui para fertilizar o mundo todo. Deste esgoto imundo jorra o ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e sua maior brutalidade, aqui a civilização faz milagres e o homem civilizado torna-se quase um selvagem¹⁸⁶”.

Por meio dos períodos da História descritos observa-se a transformação na relação do homem com o trabalho, constatando-se uma exploração do homem pelo homem, pois há uso de terceiros como coisificação para um fim, ferindo a concepção do preceito de dignidade humana. Dessa maneira, o contexto histórico da exploração do trabalho humano faz paralelo às Guerras Mundiais em termos de violação da dignidade humana, embasando ainda mais a

¹⁸⁴ NASCIMENTO, W. V. - *História do Direito*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 97.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 97.

¹⁸⁶ TOCQUEVILLE, A. - *Journeys to England and Ireland*, London: Ed. Mayer, 1958, p. 108. [Em linha]. [Consult 12 de abril de 2015]. Disponível em <https://archive.org/stream/journeystoenglan013498mbp#page/n5/mode/2up>.

necessidade do aparato normativo para proporcionar o cuidado com os trabalhadores, em prol da preservação deste princípio.

1.7 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

Na esteira da preservação da dignidade humana, salienta-se o preceito acerca dos direitos humanos, estabelecido como uma compilação de fontes específicas, abarcando desde a noção filosófica do pensamento grego até o pensamento jurídico dos jusnaturalistas. Em síntese, com base em Celli, o estabelecimento dos direitos humanos ocorreu devido “[...] à necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo¹⁸⁷”.

Certamente, deve-se destacar que o homem é dotado de personalidade, cujo aprimoramento somente é possível mediante diversos fatores que concorrem entre si, denominados bens-interesses. A peculiaridade imprescindível desses bens-interesses teve seu ápice com sua positivação e constitucionalização, não somente com a função de impor limites à atividade estatal, mas também para fornecer efetiva tutela do Poder Judiciário na relação entre seres humanos.

Para Bobbio¹⁸⁸, a doutrina dos direitos humanos estabeleceu o nascimento dos direitos naturais e universais. Pode-se dizer que os direitos humanos são estabelecidos através de seu processo contínuo de construção e de reconstrução.

Na história da afirmação dos direitos humanos, houve a instituição de Declarações que, conforme Moraes¹⁸⁹, destacam-se como principais: a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de Versalhes (1789). Tais Declarações primaram pelo estabelecimento dos direitos humanos, instituindo que o ser humano precisa ser compreendido em sua individualidade, havendo a necessidade de conhecimento sobre sua capacidade e seu modo de vida.

A Declaração de 1948¹⁹⁰ instituiu inovações aos direitos humanos, pois instaurou a concepção contemporânea de direitos humanos, sendo estes calcados nos princípios de

¹⁸⁷ CELLI, CELLI, R. A. - Direitos e garantias individuais na fase inquisitorial do processo penal. *Paraná, Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 3, p. 154-167, Jan./Jul. 2009. p. 163.

¹⁸⁸ BOBBIO, N. - *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 15.

¹⁸⁹ MORAES, A. - *Direitos humanos Fundamentais: Teoria Geral Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil Doutrina e Jurisprudência*. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

¹⁹⁰ ONU, Organização das Nações Unidas - *Declaração Universal dos Direitos humanos de 10 de dezembro de 1948*. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>.

universalidade e de indivisibilidade. Universalidade porque protesta pela expansão universal dos direitos humanos, com a ideia de que a condição de pessoa é condição única para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como fundamentalmente moral, composto de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque, ineditamente, o rol dos direitos políticos e civis foi ajustado ao rol dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesta conjuntura, esta Declaração combinou o discurso de liberdade com o da cidadania, compilando valor de liberdade e igualdade, iniciando o desenvolvimento do Direito Internacional dos direitos humanos, com o aceite de variados instrumentos internacionais de proteção. Sobretudo, a Declaração estabeleceu a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, valendo destacar aqui seu “artigo III: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal¹⁹¹”.

Paralelamente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), também traçou a junção dos direitos humanos com as relações de trabalho, tendo por mote a justiça social. Isso porque, como já especificado, as relações de trabalho no decorrer da História passaram por períodos com escravidão, trabalho forçado e/ou sem respeito a condições físicas ou psicológicas dos trabalhadores, como, por exemplo, na Idade Média, com os servos subjugados aos senhores feudais, e na Idade Moderna (Revolução Industrial), com os trabalhadores das fábricas subjugados aos burgueses (comerciantes proprietários das indústrias). Para obstar tais distorções da dignidade humana do trabalhador, em uma evolução histórica, com base em Gonçalves¹⁹² e na OIT^{193,194}, podem-se observar alguns momentos importantes da *performance* dessa Organização:

a) 1926 – por meio da Convenção sobre a Escravatura, firmou o fim da escravidão, terminando com a possibilidade de direito total ou parcial de atribuições de direito de propriedade sobre uma pessoa;

b) 1930 – a Convenção nº 29, sobre Trabalho Forçado, decretou a intolerância às formas de trabalho forçado ou obrigatório;

c) 1949 – a Convenção nº 95, sobre Proteção do Salário, e a nº 98, sobre sindicalização e negociação coletiva, estabeleceram o pagamento regular de salário e

¹⁹¹ *Idem*, p. 5.

¹⁹² GONÇALVES, B. S. - *Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente*. São Paulo: Instituto Ethos, 2011. p. 11.

¹⁹³ OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. - *Institucional*. 2015. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/lang--pt/index.htm>.

¹⁹⁴ OIT, - *OIT-Lisboa: Trabalho digno para todos*. 2015. [Em linha]. [Consult 11 julho 2015]. Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm.

proibiram o pagamento que gere controle sobre o trabalhador, impedindo-o de abandonar o emprego;

d) 1951 – a Convenção nº 100, sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor, instituiu que todos os trabalhadores devem ter o mesmo tratamento, não importando o gênero;

e) 1957 – a Convenção nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, reforça as diretrizes anteriores acerca do trabalho forçado, não devendo este ser usado:

“a) como medida de coerção ou de educação política ou como punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente; b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como meio de disciplinar a mão de obra; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa¹⁹⁵”;

f) 1958 – a Convenção nº 111, sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, emitiu especificações acerca do que é discriminação e firmou a importância ao acesso da formação profissional e condições de emprego;

g) 1973 – a Convenção nº 138, sobre a idade mínima de admissão ao emprego, visou eliminar o trabalho infantil por meio de idade limite para aceitação em emprego, compatível com a idade de término de escolaridade obrigatória; e

h) 1999 – a Convenção nº 182, sobre as piores formas de trabalho das crianças, volta-se para a eliminação de práticas de exploração do trabalho infantil (como, por exemplo, escravidão e similares), assim como para seu uso em atividades ilícitas (como, por exemplo, tráfico, prostituição, guerra, entre outros).

Os direitos humanos, enquanto processo de universalização, permitiram a construção de um organismo internacional de proteção de tais direitos. Esse organismo é formado por tratados internacionais de proteção que consideram, especialmente, o acordo ético moderno compartilhado pelos Estados, tendo em vista a concordância internacional sobre temas centrais dos direitos humanos para a fixação de parâmetros protetivos mínimos.

Neste contexto, ressalta-se o papel importante da Resolução 2.200, da XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966¹⁹⁶. Atualmente, fazem

¹⁹⁵ GONÇALVES. *Op. cit.*, 2011, p. 11.

¹⁹⁶ ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Resolutions: 2200 XXI*. 16/12/1966. [Em linha]. [Consult 11 de março 2015]. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.

parte dos Estados-partes destes tratados universais da ONU 193 países¹⁹⁷, montante que sinaliza o grau de consonância internacional sobre temas centrais focados nos direitos humanos. Entre os países membros, estão Portugal e Brasil. Salienta-se que as diretrizes universais dos direitos humanos conferiram suporte às conceituações normativas das Constituições domésticas dos países membros.

Cabe ao Estado avaliar esta essência doutrinária; para tanto, deve garantir a eficácia dos direitos humanos fundamentais, propiciando proteção em todos os campos, como foco basilar do constitucionalismo.

Temer estabelece essa relação da seguinte maneira:

“Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica cuja finalidade é regular globalmente as relações sociais de determinado povo em dado território sob um poder. Logicamente, agregando-se a este pensamento o cerne das preocupações, que é a obrigação de se estabelecer os já mencionados direitos básicos coletivos, e também, fazer cumpri-los¹⁹⁸”.

Assim, os direitos e garantias fundamentais, aplicados pelas Constituições brasileira (1988) e portuguesa (1976), regem-se em face do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, o qual, por sua vez, vincula-se aos preceitos dos direitos humanos.

As respectivas Constituições domésticas estabelecem como condição normativa de fundamentação:

“República Portuguesa – Artigo 1: **Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana** e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Artigo 2: A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa. [...] Artigo 24: I - A vida humana é inviolável. II - Em caso algum haverá pena de morte¹⁹⁹. (Grifo do autor)

República Federativa do Brasil – Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...] Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**²⁰⁰”. (Grifo do autor)

Em apreciação do cenário constitucional português, Vaz ressalta:

¹⁹⁷ UNITED NATIONS - Home. 2015. [Em linha]. [Consult 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.un.org/en/index.html>.

¹⁹⁸ TEMER, M. - *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 44.

¹⁹⁹ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. - *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

²⁰⁰ BRASIL - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 5.

“É da natureza e da estrutura da norma constitucional que flui o regime jurídico-constitucional da norma que consagra direitos fundamentais. [...] Já aí se dizia que é indispensável partir-se da decisão constituinte referível ao tipo de Estado instituído, especialmente impressa nos artigos 1º e 2º da Constituição, para explicar que os direitos fundamentais com determinabilidade constitucional (de determinidade constitucional) sejam essencialmente direitos de autonomia pessoal (de defesa ou negativos), defensivos relativamente ao poder, pois que essa garantia constitucional da reserva da individualidade constitui a primeira e fundamental opção da Constituição do Estado²⁰¹”.

Sarlet assevera:

“Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, (...) decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhes também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e a promoção²⁰²”.

Decerto, o âmago da doutrina constitucionalista é a apreciação da vida humana, porquanto esta se elege como bem jurídico fundamental, demandando normatização para a sua preservação. Chega-se, assim, ao direito fundamental, já representado nos artigos iniciais das Constituições portuguesa e brasileira (anteriormente descritos), tratando-se de normatização específica para tudo que é raro ou vital à preservação da vida humana.

Aqui, cabe a ressalva de Sarlet²⁰³: “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais ou elementares do ser humano”. Deste modo, a doutrina constitucional que permeia as Constituições portuguesa e brasileira estabelece o respeito à dignidade humana, conferindo poder em prol do desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo por meio do alicerce ideológico primordial do direito à vida.

1.8 ANÁLISE DO CAPÍTULO

A compreensão da formação e da origem do direito, apresentada no presente capítulo, remete ao entendimento de que o direito está amalgamado à sociedade, pois não há direito sem sociedade e não há organização de conduta na sociedade sem o direito. Tal associação foi percebida inicialmente pela Escola Histórica e, posteriormente, pela Escola

²⁰¹ VAZ, M. A. - O tempo e a efetivação dos direitos fundamentais. In: GOMES, C. A. (Org.). V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012. [Em linha]. [Consult 18 de julho de 2015]. Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf. p. 12.

²⁰² SARLET. *Op. cit.*, 2005, p. 32-33.

²⁰³ SARLET, I. W. - *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.^a ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57.

Sociológica do Direito. Ao considerar que o direito se origina da sociedade, a Escola Sociológica do Direito também possibilitou uma observação no tocante às constantes mudanças no comportamento da sociedade, que resultavam na mudança do direito. Portanto, acha-se o Direito sujeito a mudanças constantes.

Ao se observar as mudanças ao longo da História em determinadas sociedades, verificam-se mudanças no direito, justamente porque cada sociedade possuía uma necessidade distinta, condizente com sua realidade temporal, para o estabelecimento da disciplina entre os seus integrantes. Por exemplo, destacam-se a Legislação Mosaica, o Código de Hamurabi e o Direito Romano em diferentes períodos. Tal ambientação histórica do direito permite a apreciação da estruturação do papel do Estado junto ao direito.

Na Legislação Mosaica, a responsabilidade do criminoso era perante Deus, por conseguinte, o Estado não era o elo entre as leis e a sociedade. Já no período do Código de Hamurabi, houve o início da composição de Poder Público (cidade e governador), responsável pela segurança da convivência social, incluindo a solução para os direitos individuais, havendo elo entre o poder estatal e o direito. Posteriormente, o Direito Romano adotou o entendimento do papel do Estado como elo entre o direito e a sociedade, esboçando a eleição da justiça privada e pública e a iniciação do caráter processualístico. Nesta linha histórica do direito, sobretudo do Direito Romano, dá-se a formação do aparelho judiciário do Estado como forma de defesa dos direitos do homem em sociedade.

Porém, ao longo da História, o exercício da tutela do direito pelo Estado não fluiu de forma harmônica. Primeiramente, havia o regime político autoritário e despótico do absolutismo, o que culminava num comportamento livre de qualquer conduta por parte do Estado, que tudo podia, sem arcar com responsabilidade alguma sobre seus atos danosos. Situação intitulada como Teoria da Irresponsabilidade do Estado, quando os indivíduos de uma sociedade deviam cumprir leis e o Estado, não, favorecendo-se de sua posição de exercer a tutela do direito.

O posicionamento arbitrário do Estado foi contestado à época da Revolução Francesa, quando se estruturou o ideal de Estado Liberal, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), propagando a igualdade e a fraternidade entre os indivíduos. Com a ampliação da responsabilidade do Estado, surgiu o Estado de Direito.

O novo perfil do Estado trouxe consigo a função de regulador e organizador da sociedade, tratando-se agora do ponto de convergência dos complexos jurídico, político e social. Por meio desse meandro estabilizador da sociedade emergiu o Estado Democrático,

promotor de equilíbrio no exercício de tutela jurídica do Estado, centrado e legitimado por lei fundamental escrita, a Constituição.

Neste contexto de tutela da justiça pelo Estado é que emergiu o debate acerca do princípio da dignidade humana. Com base em Kant, considera-se que a dignidade humana é lesada quando o ser humano é usado como meio e não um fim. A dignidade humana é uma característica inerente ao homem, sendo estabelecida por sua vontade, juízo e razão. Assim, o homem que age com os demais da forma como gostaria que estes agissem consigo, age de forma digna. Quando não age de forma digna, o homem está praticando a coisificação e a instrumentalização de outrem, ferindo o respeito à dignidade humana.

O não respeito à dignidade encontra no Estado seu esteio, pois, conforme Hegel, é papel do Estado reconhecer a pessoa humana como sujeito com características individuais, e portanto, digno de respeito. Muitos foram os exemplos de lesão à dignidade humana no decorrer da História; entre eles, os que repercutiram de forma mundial e tornaram nítida a percepção da necessidade de proteção à dignidade humana, foram a Primeira Guerra Mundial, a Segunda Guerra Mundial e a Revolução Russa, quando milhões de pessoas foram dizimadas. Em tais ocasiões o Estado usou indivíduos como meio para alcance de uma meta própria.

Entretanto, as relações de trabalho ao longo da História também servem como exemplo de uso do homem como meio, entre elas o escravismo, o sistema servil e o assalariado. A relação de subserviência do trabalhador para com o empregador gerou violências diversas, ferindo sempre a dignidade humana. Em tal espectro lesivo aos indivíduos, houve o reconhecimento da coisificação do homem, o que evidenciou a necessidade de se impor limites para a preservação da dignidade humana.

A ONU corroborou o processo de propagação desses limites de conduta, instruindo o combate às distorções da dignidade humana, por meio de Declarações, especialmente a de 1948, e de Resoluções. No âmbito trabalhista, estabeleceu a instrução de Convenções por meio da OIT. A ONU estabeleceu, assim, a internacionalização dos direitos humanos, influenciando nas normatizações constitucionais de seus Estados membros, entre eles Portugal e Brasil.

2. PROJETO GENOMA HUMANO

A revisão literária da tese continua no presente capítulo, o qual explora os contornos do Projeto Genoma Humano (PGH) e abrange, para a sua devida compreensão, ramificações de assuntos pertinentes ao tema em tela, tais como a trajetória do pensamento científico que levou ao surgimento do PGH, a usabilidade do exame de sequenciamento genético na medicina, o conhecimento da medicina preventiva e as abordagens positivas e negativas do PGH.

2.1 HISTÓRICO

Tratar de genoma humano na atualidade, e de suas bases consequenciais em outros ramos da ciência, como no direito do trabalho, seria pensar em um tema futurista ou já ocorreu uma revolução no âmbito das ciências da vida com descobertas científicas a inquietar a interdisciplinaridade com outros ramos das ciências sociais e aberturas para novos horizontes e possibilidades?

Avanços no campo da genética e da biologia molecular são fios que tecem uma nova realidade. Nas palavras de Boaventura²⁰⁴, vive-se numa época de transição paradigmática, marcada pelo entrelaçamento das ciências biológicas com as ciências sociais. Nesse sentido, importa compreender os desdobramentos do paradigma da ciência pós-moderna nas demais práticas de conhecimento que constroem a sociedade.

Antes de chegar à explicação acerca da descoberta do gene, cumpre rever a caminhada filosófico-científica que a influenciou, a qual contextualizou a vida humana, culminando no Projeto Genoma Humano (PGH). Nesta esteira, devem ser destacados momentos ímpares, que influenciaram a evolução científica no decorrer dos séculos passados.

Inicialmente, cita-se a influência de Aristóteles, tido como primeiro biólogo nas tradições ocidentais, que declarava que o mundo se modificava à medida que se exploravam novos caminhos, os quais propiciavam novos resultados. Ou seja, Aristóteles destacava a visão da experimentação e da vivência.

Também se pode mencionar a influência da teologia, sobretudo de conjecturas advindas do Cristianismo. Até os séculos XVI e XVII, tais influências, aristotélicas e teológicas, representaram o mundo com base na vivência e na espiritualidade. Porém, no século XVII, com a evolução científica impulsionada por descobrimentos da matemática e da

²⁰⁴ SANTOS, B. - *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 70.

física, relacionados a nomes como Galileu, Newton e Descartes, o mundo passou a ser visto como uma máquina. Na biologia, Harvey relacionava a circulação sanguínea às conjecturas mecanicistas de Descartes²⁰⁵.

No século XVIII, o movimento romântico aristotélico retornou. Lavoisier descobriu que a respiração consistia num processo de oxidação relacionado a procedimentos químicos no funcionamento de organismos vivos. O movimento romântico teve Goethe como grande influenciador, o qual elaborou o conceito de morfologia, útil ao estudo da forma biológica, abordando sua dinâmica e desenvolvimento. Foi Khan o primeiro estudioso a adotar o termo autorregulação como algo natural aos seres vivos, plantando a semente para a conceituação de homeostasia, estado de equilíbrio do organismo quanto às funções e composições químicas do corpo. Ainda nesse século, Humboldt apontou o clima como força unificadora global e reconheceu a coevolução dos organismos vivos, do clima e da crosta terrestre, numa síntese do que seria a futura Teoria de Gaia.^{206 207}

O século XIX foi marcado pelo desenvolvimento do conhecimento celular, proposto em teoria por Virchow. Com destaque ao âmbito da microbiologia, Virchow revelou que a localização da origem da doença poderia ser encontrada na própria célula enferma, pois a doença gera alterações internas nas células. Com base nesses estudos, mas conferindo outras roupagens a tal teoria, Pasteur comprovou que as doenças eram ocasionadas por bactérias, contribuindo assim para o surgimento da microbiologia. A evolução no conhecimento da microbiologia propiciou descobertas como a hereditariedade e a conceituação de homeostase de Bernard: o poder do corpo humano de se autorregular para a manutenção de seu equilíbrio funcional.

No século XX, Harrison apurou o conceito de organização nos seres vivos, considerando “a configuração e a relação como dois aspectos importantes da organização, os quais foram posteriormente unificados na concepção de padrão como uma configuração de relações ordenadas²⁰⁸”. Assim, substituiu a noção de função (vinculada aos preceitos mecanicistas) pela noção de organização. Posteriormente, Henderson adotou a terminologia “sistema” para os organismos vivos (assim como os sistemas sociais), demonstrando a integração de um todo superior. Surge, dessa maneira, o pensamento sistêmico, que se vincula

²⁰⁵ GONZÁLEZ, S. R. S. - *Proyecto genoma humano visto desde el pensamiento de la complejidad. Acta Bioethica*, v. 14, n. 2, 2008.

²⁰⁶ *Idem*, p. 142-147.

²⁰⁷ A Teoria de Gaia foi apresentada por Lovelock em 1979, que retratou a Terra como um organismo vivo. GONZÁLEZ, S. R. S. *Op. cit.*, 2008, p. 142-147.

²⁰⁸ CAPRA, F. - *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996., p. 39.

à visão de que, para se analisar um organismo vivo ou alguma parte dele, é necessária a realização de uma análise conjunta com outros sistemas e outras partes do mesmo organismo²⁰⁹.

No ambiente do pensamento sistêmico destacam-se algumas concepções, tais como:

- a) os sistemas vivos fazem parte de uma totalidade integrada e suas propriedades não devem se reduzir a suas partes menores;
- b) as propriedades do sistema se destroem quando suas partes são cortadas;
- c) cada parte do sistema tem um grau de complexidade; e
- d) o sistema através de suas partes se autorregula para a manutenção de seu equilíbrio.

Neste viés sistêmico, Bertalanffy enfatizou os processos gerados pelas partes individuais integrantes do sistema, como, por exemplo, o metabolismo de uma célula, que engloba milhares de relações químicas na produção de nutrientes, na sintetização de estruturas basilares e na eliminação de resíduos. Assim, em uma condição sistêmica de autoprodução de vida, conforme a Teoria de Varela e Maturana, existe a autopoiese; os seres vivos são autopoieticos, pois os processos moleculares englobam interações internas das células, havendo autorreprodução e autorregulação. Por conseguinte, um sistema vivo pode ser tido como um sistema autônomo^{210 211}.

Foi neste cenário científico evolutivo, oriundo dos séculos passados, sobretudo na eleição do pensamento sistêmico, que se amparou o entendimento da concepção científica acerca do gene e que, *a posteriori*, suscitaria o PGH.

Em síntese, gene é a:

“(...) unidade física e funcional fundamental da hereditariedade. Um gene é uma sequência ordenada de nucleotídeos localizada em uma posição particular em um cromossomo particular que codifica um produto funcional específico (isto é, uma proteína ou molécula de RNA^{212 213}”.

O gene é explicitado na abordagem clássica de conceito molecular da seguinte forma: trata-se de um segmento de DNA (ácido desoxirribonucleico), o qual é composto por

²⁰⁹ *Idem*, p. 39.

²¹⁰ GONZÁLEZ, S. R. S. *Op. cit.*, 2008, p. 142 - 147.

²¹¹ TRINDADE, A. - *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²¹² RNA significa *ribonucleic acid* (ou ácido ribonucleico); tem a função de sintetizar as proteínas da célula e possui dimensão menor que o DNA.

²¹³ JOAQUIM, L. M.; EL-HANI, C. N. - A genética em transformação: crise e revisão do conceito de gene. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 93-128, 2010. p. 94.

substâncias (adenina, timina, citosina e guanina) que influenciam na potencialidade corpórea de transferir e replicar peculiaridades de hereditariedade.

Dessa maneira, a molécula de DNA, na perspectiva autopoiética, se autorreproduz, e o gene, por sua vez, exerce uma função específica no sistema biológico humano. Com efeito, a partir dessas considerações, entende-se por genoma a conjunção de diferentes genes que estipulam o funcionamento e o desenvolvimento de um ser vivo, constituindo um código genético com informações sobre hereditariedade, codificado no DNA ^{214 215}.

Goulart *et al.* assim descrevem o genoma:

“O genoma é o conjunto de toda informação de um determinado organismo, contido em seu material genético DNA (ácido desoxirribonucléico) ou mesmo RNA (ácido ribonucléico) no caso de alguns vírus. O DNA é uma macromolécula orgânica que possui a informação contida na sequência de suas bases (adenina, timina, guanina e citosina); quando necessário, essa informação é disponibilizada para a célula na forma de uma molécula de RNA mensageiro (cópia de uma pequena porção do DNA total). Essa molécula de RNA mensageiro será posteriormente lida e traduzida na forma de uma proteína, no citoplasma da célula²¹⁶”.

No caso, adotando-se uma analogia, o aporte informacional contido no DNA seria tal qual uma partitura de música, que previamente já tem definidas as notas musicais que serão tocadas por um músico numa apresentação. Dessa forma, o genoma torna-se um catálogo com informações sobre características do ser vivo, configurando-se num banco de dados genético. Entende-se, assim, que tal banco de dados de carga genética contém a essência da vida do ser humano; pode-se dizer que a carga genética traduz a vida²¹⁷. Nas palavras de Martins, trata-se de um “conjunto de instruções que permite a construção de uma pessoa²¹⁸”.

Souza²¹⁹ informa que o ser humano é formado por 100 bilhões de células e que cada uma delas possui seu banco de dados natural, compondo tiras microscópicas de vida, compactadas no DNA, sendo este o centro do centro da vida, compreendido como genoma humano. A biologia estabeleceu que o genoma humano é a sequência final de 23 duplas de cromossomos (as tiras microscópicas de vida), sendo metade destes de transmissão paterna (espermatozoide) e a outra metade de transmissão materna (óvulo), localizadas no núcleo de células diploides, a formar um banco de memória natural. Estima-se a existência de 130 mil

²¹⁴ *Idem*, p. 94.

²¹⁵ SOUZA, V. J. - *Projeto Genoma Humano*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 15.

²¹⁶ GOULART, M. C. V.; *et al.* - Manipulação do genoma humano: ética e direito. *Manipulation of the human genome: ethics and law. Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, Supl. 1, p.1.709-1.713, 2010. p. 1.710.

²¹⁷ SOUZA, V. J. - *Projeto Genoma Humano*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 15.

²¹⁸ MARTINS, J. N. Z. - *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?* Oeiras: Celta Editora, 2002. p. 8.

²¹⁹ *Idem*, p.8.

genes, os quais possuem reserva de proteínas imprescindíveis na estrutura do homem, nutrindo as células, constituindo a musculatura ou defendendo o corpo de infecções.

A compreensão do DNA levou a novos interesses científicos, especialmente no decorrer do século XXI, quando se intensificou a investigação genética, mais precisamente por meio do Projeto Genoma Humano, iniciado no final do século XX, com o intuito de mapear o genoma humano.

Souza sintetiza:

“O Genoma Humano tem sido, com frequência, comparado a um “Livro da Vida” no qual estão escritas as informações sobre cada um de nós. Este livro está dividido em 23 capítulos (cromossomos); esses capítulos possuem milhares de histórias ou informações (genes); cada palavra é escrita por uma combinação de letras, ou bases nitrogenadas, que são apenas quatro (G, T, C, A) ²²⁰”.

Barbas²²¹ entende que o genoma pode ser conceituado como um conjunto de material genético, tanto nuclear como mitocondrial, a ser transmitido às gerações futuras. E arremata a mestra lusitana: “O material genético é constituído por moléculas de DNA formadas, em cada célula, por um total de 3.500 milhões de unidades”, os denominados nucleotídeos. Esses nucleotídeos estão dispostos de “modo sequencial”; é precisamente a “disposição sequencial” dessas unidades no genoma humano que “dá origem às características de cada pessoa”. Tal como a ordem ou sequência como se encontram colocadas as “diversas letras ao longo de uma palavra” permite estabelecer o “seu significado”²²².

Na visão de Roberto Camilo Leles Viana:

“Genoma humano é a soma de todas as informações genéticas codificadas dentro de cada célula do corpo. Em sentido amplo, refere-se a todo o DNA contido nos cromossomos, independentemente do que corresponde ou não aos genes, Já em sentido estrito, o genoma é o conjunto e genes que especifica todas as características potencialmente expressáveis do indivíduo”²²³”.

O desejo científico de explorar o mapeamento genético fez surgir o PGH que, conforme Porcionatto²²⁴, teve sua idealização ocasionada numa “reunião organizada pelo Departamento de Energia (DOE) dos Estados Unidos, em dezembro de 1984”, quando foi colocada em pauta a discussão sobre se “o sequenciamento do DNA seria útil na detecção de mutações em indivíduos sobreviventes à bomba atômica”.

²²⁰ *Idem*, p. 24.

²²¹ BARBAS, S. M. A. N - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 74.

²²² *Idem, ibidem*, p. 74.

²²³ VIANA, R. C. L. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013. p. 15.

²²⁴ PORCIONATTO, M. A. - *Projeto Genoma Humano: Uma Leitura Atenta do Livro da Vida? Circumscribere*, v. 2, p. 61-63, 2007. p. 53.

“Em março de 1988, o diretor dos *National Institutes of Health* (NIH) anunciou a criação do *NIH Office for Human Genome Research* e, em outubro do mesmo ano, nomeou James Watson para dirigir o que se tornaria, em 1989, o *National Center for Human Genome Research*. Em 1990, os financiadores do PGH, DOE e NIH apresentaram um plano de pesquisa ao Congresso norte-americano contendo oito objetivos para os primeiros cinco anos: mapear os cromossomos humanos; melhorar a tecnologia de sequenciamento de DNA; mapear e começar a sequenciar organismos modelos selecionados; coletar, gerenciar e distribuir informação; estudar os aspectos éticos, legais e sociais e desenvolver opções de conduta; treinar pesquisadores; desenvolver e melhorar a tecnologia; e facilitar a transferência de tecnologia²²⁵”. (Grifo do autor)

Dessa maneira, o PGH, *a priori*, esteve vinculado ao governo americano e, em seguida, a um consórcio internacional também de ordem pública, formado pelos governos dos EUA, do Japão, da Inglaterra, entre outros, capitaneados por Francis Collins. A necessidade de maior rapidez na pesquisa e no levantamento do sequenciamento genético trouxe ao ambiente de pesquisa a participação da empresa privada *Celera Genomics*, sob os auspícios de J. Craig Venter.

Tanto a abordagem de ordem pública quanto a de ordem privada acabaram por estabelecer similaridade nos parâmetros de pesquisa de sequenciamento de genoma humano, retratada nas respectivas pesquisas de 2001, a saber: “o do Consórcio Internacional na Revista *Nature* e o da *Celera Genomics* na Revista *Science*²²⁶”.

Um ano antes das publicações, os grupos (público e privado) já haviam relatado conjuntamente a similaridade das suas descobertas, envolvendo o mapeamento de 97% do genoma humano, em uma apresentação via satélite com participação do Presidente dos EUA, Bill Clinton, e do Primeiro-Ministro da Inglaterra, Anthony Blair²²⁷.

Em um contexto amplo, o genoma alude a todo o DNA disposto nos cromossomos; num contexto mais específico, alude ao conjunto de genes que identifica os caracteres de um organismo. Nessa diretriz, cada genoma carrega consigo uma individualidade. Depreende-se que, com o advento do PGH, um novo leque informativo sobre características genéticas individuais foi aberto, a fim de melhorar a qualidade de vida das pessoas. Com isso, é possível inferir que o PGH proporcionou um ambiente para a pesquisa, para a cura de doenças, para a advertência prévia sobre predisposição genética de doenças, assim como para a prática de engenharia genética²²⁸.

²²⁵ *Idem*, p. 53.

²²⁶ *Idem*, p. 53.

²²⁷ CÂNDIDO, N. C. - *O papel dos direitos de personalidade no combate a discriminação por motivos genéticos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2012. Dissertação do curso de mestrado.

²²⁸ Entende-se por engenharia genética a experimentação com a vida, como clonagem ou terapia genética, sendo esta última uma indução para a troca dos genes defeituosos pelos sadios, na busca pela promoção da eficiência no processamento de proteínas.

Martins, na mesma senda, refere que da descoberta do genoma decorreram diversos avanços que podem ser considerados profícuos para a sociedade. O autor aponta quatro consequências de teor prático, provenientes desses avanços, a saber: consequências científicas, relativas à composição do sequenciamento genético e seus desdobramentos; consequências informativas, relativas a dados sobre determinada doença e/ou sobre a predisposição para adquiri-la; consequências de caráter terapêutico, relativas à possibilidade de cura de enfermidades genéticas, seja via inserção de genes benéficos, seja via modificação de genes nocivos; e consequências eugênicas, relativas à modificação do patrimônio genético para dispor de características predeterminadas²²⁹.

Barbas complementa tal entendimento e salienta que o PGH “[...] inclui, não só, o mapeamento e sequenciação do genoma humano, mas também do genoma de organismos piloto tais como a mosca *Drosophila melanogaster*, o nemátodo *Caenorhabditis elegans*, a bactéria *Escherichia coli* e a *Saccharomyces cerevisiae*”. Esclarece que “a análise destes genomas não humanos” possibilitará um “melhor estudo comparativo” com o genoma humano. “Com efeito, em várias situações, a específica ‘função putativa’ de um ‘novo gene humano’ que esteja relacionado, de algum modo, com alguma doença tem tido precisamente como base a ‘identificação de genes’ que são homólogos em outros organismos”²³⁰ (Grifos do autor).

Neste contexto, para que haja a existência funcional dos preceitos do PGH, é necessária a interação entre três ambientações, quais sejam: dos cientistas, que revelam o novo conhecimento; dos empresários, que transformam o novo conhecimento em produtos; e da sociedade, que necessita ajustar-se ao novo conhecimento, absorvendo-o, incorporando-o e, por vezes, consumindo-o em suas práticas de vida. Prontamente, pode-se estabelecer que entre as três ambientações envolvidas no PGH existe um interesse de exploração acerca do conhecimento da ciência genômica²³¹.

Ainda conforme Barbas²³², “a descoberta do genoma humano vai transformar, de modo radical, este século²³³”, com inúmeras “aplicações no campo da saúde”. “Está, desde logo, aberto o horizonte”, inclusive para o “tratamento de doenças até então incuráveis”. Nessa direção, a ciência genômica traduz o insólito, pois “(...) na natureza não há nada mais

²²⁹ MARTINS, J. N. Z. - *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?* Oeiras: Celta Editora, 2002. p. 9.

²³⁰ BARBAS, S. M. A. N. - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 78.

²³¹ GOULART *et al.* *Op. cit.*, 2010. p. 1.710.

²³² BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007. p. 69.

²³³ Lê-se século XXI.

inédito do que a própria vida”, que “foi, é e será uma exceção única”. Acrescenta que apesar da conhecida “grandiosidade do cosmos”, a “vida surgiu uma só vez e é única e irrepetível”²³⁴. Assim, o conhecimento do genoma humano tornou-se um caminho viável para se conhecer melhor a vida e, por conseguinte, para se descobrir meios de prolongá-la.

Neste alicerce científico genômico, constata-se a capacidade da Ciência de compreender o enquadramento do homem no universo. Com efeito, “a Ciência não tem valor real e intrínseco, senão como órgão de Sabedoria”, conforme elucida Kant *apud* Koranyi²³⁵.

Decerto, o PGH é mais um salto qualitativo no desenvolvimento científico, que afeta diretamente a sociedade, assim como as descobertas científicas do passado. Isso porque, ao absorver conceitos e aperfeiçoá-los, o PGH fez com que a sociedade necessitasse entender novos valores científicos, justamente para com eles conviverem, reavaliando suas necessidades e seus limites na condução científica para o conhecimento e a preservação da vida. Conforme Perutz²³⁶, no decorrer de toda a história da humanidade, o papel dos cientistas foi mais expressivo do que o projetado por guerreiros, políticos e artistas, visto que promoveu um significativo impacto na sociedade.

2.2 EXAME DE SEQUENCIAMENTO GENÉTICO

Segundo Barbas²³⁷ e Rezende²³⁸, a evolução da medicina passou por momentos de extrema importância, cada qual calcado em descobertas científicas, revolucionando o comportamento social de sua época, como medidas sanitárias, procedimentos cirúrgicos com anestesia, vacinas preventivas contra doenças, antibióticos, diagnóstico por imagem, fecundação artificial e transplante de órgãos.

Por certo, a descoberta científica, conforme Morin²³⁹, é uma aventura num campo desconhecido. Trata-se não apenas da observação da verdade, mas também da criação de algo novo e indispensável e que, paulatinamente, é assimilado ao comportamento da sociedade.

Morin assevera:

“Há três séculos, o conhecimento científico não faz mais do que provar suas virtudes de verificação e de descoberta em relação a todos os outros modos de conhecimento. É o conhecimento vivo que conduz a grande aventura da descoberta do universo, da vida, do homem. (...) E, no entanto, essa ciência elucidativa,

²³⁴ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 127.

²³⁵ KORANYI, H - *O pensamento de I. Kant*. São Paulo: Agência Editora Iris, 1959.

²³⁶ PERUTZ, M. F. - *Is Science Necessary? Essays on Science and Scientists*. New York: E. P. Dutton, 1989.

²³⁷ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 127.

²³⁸ REZENDE, J. M. - *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Unifesp, 2009. p. 100.

²³⁹ MORIN, E. - *Ciência com consciência*. 8.^a ed. Tradução de Maria. D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Edição revisada pelo autor. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 15-16.

enriquecedora, conquistadora e triunfante, apresenta-nos, cada vez mais, problemas graves que se referem ao conhecimento que produz, à ação que determina, à sociedade que transforma. Essa ciência libertadora traz, ao mesmo tempo, possibilidades terríveis de subjugação. Esse conhecimento vivo é o mesmo que produziu a ameaça do aniquilamento da humanidade. Para conceber e compreender esse problema, há que acabar com a tola alternativa da ciência “boa”, que só traz benefícios, ou da ciência “má”, que só traz prejuízos. Pelo contrário, há que, desde a partida, dispor de pensamento capaz de conceber e de compreender a ambivalência, isto é, a complexidade intrínseca que se encontra no cerne da ciência²⁴⁰”.

Como não poderia deixar de ser, a descoberta científica do genoma humano revolucionou a Ciência, trazendo consigo mudanças sociais e comportamentais, iniciando uma aventura complexa e ambivalente sobre o ser humano. Isso porque surgiu no âmbito científico a inquietação em torno da possibilidade de manipulação da própria vida do ser humano, em prol de sua preservação. Inclusive a aferição de doenças e compilações de engenharia genética, que resultam na possibilidade de clonagem humana, de escolha de características físicas de um futuro bebê (como, por exemplo, sexo e cor dos olhos) ou mesmo da criação de uma política com base na eugenia. Estas situações de Engenharia Genética podem se revelar ameaçadoras, quando buscam ir além da preservação da vida.

“A recente notícia de que a ovelhinha Dolly era o primeiro clone de um animal adulto provocou em nós um misto de fascinação e pavor. Fascinação, pois a clonagem de Dolly representa uma conquista importante nesses cem anos de pesquisas no campo da biologia molecular, em que o homem tem a sensação de estar brincando de Deus. Pavor, pois ao lado dessa aventura milenar do “conhece-te a ti mesmo” o homem vai adquirindo o ambíguo poder da técnica. Nesse sentido, a Dolly faz-nos também lembrar e temer o *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley, em que a felicidade não rimaria mais com a liberdade. A possibilidade de um clone humano reacendeu o debate sobre a bioética²⁴¹”.

O PGH tem seu simbolismo na história das descobertas científicas, oferecendo um campo fecundo para o registro da historicidade e a projeção da capacidade evolutiva da espécie humana. Nesse sentido, o PGH já foi comparado à química, mais precisamente à tabela periódica, sendo equiparado a uma tabela periódica biomédica, pois faz a compilação dos genes humanos e de suas respectivas proteínas codificadas²⁴².

Tal compilação da genética humana tornou-se uma potencial aliada na facilitação de diagnóstico e prevenção de doenças:

“O conhecimento do genoma permitirá localizar um número crescente de sequências de DNA nas quais certas mudanças estarão associadas a um risco aumentado de estados patológicos como diabetes, depressão, câncer, problemas

²⁴⁰ *Idem*, p. 15-16.

²⁴¹ CARDOSO, C. M. - Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência e Educação*, v. 5, n. 1, p. 1-6, 1998. p. 1.

²⁴² IHGSC, International Human Genome Sequencing Consortium - Initial sequencing and analysis of the human genome. *Nature*, v. 409, n. 6.822, p. 860-921, 15/2/2001.

cardiovasculares etc. Em certos casos, o estado patológico dependerá da combinação de várias modificações genéticas. Em outros, serão somados fatores do ambiente²⁴³”.

A medicina, no decorrer de sua trajetória, esteve voltada, *prima facie*, para o tratamento das manifestações clínicas das mazelas que afligiam os seres humanos; sua atuação se dava quando o ser humano já se achava acometido pela doença – tratava-se de uma medicina curativa. Contudo, com o PGH, outros eixos emergiram, para além do tratamento voltado à cura das doenças e também à prevenção das doenças, alterando, com isso, a óptica das ciências da vida. Para que se tenha de fato uma prevenção, é necessário que se defina o grupo de pessoas apto a desenvolver determinada doença.

Com propriedade, Rui Nunes²⁴⁴ refere que a nova óptica trazida pela análise do genoma humano fez surgir uma nova medicina: a medicina dos 4Ps (4 P Medicine): Medicina Preditiva (examina pessoas saudáveis, munindo-as do conhecimento prévio de que, com o passar do tempo, poderão ser acometidas de uma doença a que apresentam predisposição por ordem genética familiar); Medicina Preventiva (serão realizados atos de prevenção que contribuirão para o não aparecimento e a involução de doenças); Medicina Participativa (“o doente é um parceiro verdadeiramente ativo – porque geneticamente informado – sobre os cuidados de saúde que pode e deve receber²⁴⁵”); e Medicina Personalizada (adaptação do tratamento para cada pessoa, de forma particularizada).

Fica registrado, assim, que com o grande salto dos avanços da medicina, esta sai de uma época em que se priorizava uma “medicina curativa”, a qual atuava a partir do momento em que a doença já estava instalada no doente, para se chegar à “medicina preditiva, predizente ou genômica”.

Grisolia arremata:

“há transformação de uma medicina paliativa para uma nova medicina que, com sua clara visão de futuro, Jean Dusset definiu como “medicina preditiva”, chamando atenção, ainda, para a distância atualmente existente, entre a possibilidade de diagnóstico antecipado – medicina preditiva – e a falta de tratamentos eficazes contra doenças, o que traz algumas questões relativas ao porquê de se saber com antecedência e em que casos isto seria conveniente²⁴⁶”.

Para uma melhor compreensão das doenças genéticas, estas são divididas nas seguintes modalidades: monogenéticas, multifatoriais ou poligênicas. “As doenças

²⁴³ RAMOS, F. P.; SILVA, M. R.; ARRUDA, S. M.; PASSOS, M. M. - Evidências no discurso acadêmico sobre o Projeto Genoma Humano: entre o discurso epistemológico e a apropriação de uma abordagem social. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, v. 13, n. 3, p. 373-394, 2014. p. 374.

²⁴⁴ NUNES, R.- *GeneÉtica*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 93.

²⁴⁵ *Idem*, p. 93.

²⁴⁶ GRISOLIA, S. - A Biotecnologia no terceiro milênio. In CASABONA, C. M. R. (org.). *Biotecnologia, Direito e bioética. Perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 20.

monogênicas são provocadas por deficiente funcionamento de um único gene. Atingem várias centenas de milhões de pessoas em todo o mundo e constituem o mais importante grupo de doenças (existem mais de cinco mil doenças monogênicas)²⁴⁷. As monogénéticas são doenças em que uma alteração da sequência gera danos ou a perda total da proteína codificada do gene; por exemplo: rim policístico, coreia de Huntington, síndrome de Marfan, anemia falciforme, fibrose cística, fenilcetonúria, hemofilia, entre outras.

Já as multifatoriais são doenças que têm associação de funções de múltiplos genes com situações de ordem ambiental e de hábitos de vida; por exemplo: as cardiovasculares, diabetes, entre outras. No caso de doenças multifatoriais existe no indivíduo uma predisposição genética (risco) à doença, o que não significa necessariamente que ela irá se desenvolver, pois isso dependerá de seu histórico de ambiente e do estilo de vida.

Quanto às poligênicas, ocorrem quando um conjunto ou grupo de genes apresentam associação à doença. Há a herança genética, porém também existe uma grande quantidade de variáveis associadas à doença, incluindo a possibilidade de genes não identificados. Apesar da complexidade, as doenças poligênicas podem ser identificadas em mapeamento genético, como, por exemplo, no caso do câncer de mama. As doenças multifatoriais e as poligênicas têm maior grau de dificuldade em seu mapeamento genético, todavia, este pode ser feito de forma acurada, indicando doenças como “asma, autismo, doenças autoimunes (tipo esclerose múltipla), câncer, lábio leporino, diabetes, doenças cardiovasculares e hipertensão, obesidade, entre outras²⁴⁸”.

Barbas aponta que “nas doenças multifactoriais”, também denominadas “poligénicas, a detecção de um gene” que se encontre “associado a uma enfermidade influenciada pelo meio ambiente não garante que a doença se chegue a manifestar”. Acrescenta que “a heterogeneidade genética” implica que o “próprio traço” que esteja em “questão se possa revelar de modo diferente de pessoa para pessoa”, independentemente da eventual repercussão do meio ambiente²⁴⁹.

O PGH preconiza o uso do conhecimento genético para a aferição de doenças monogénéticas, multifatoriais ou poligénicas, visando à prevenção de doenças:

“[...] analisar milhares de genes ao mesmo tempo e as informações e as tecnologias disponibilizadas tem o potencial de modificar a compreensão e os conceitos atuais sobre o mecanismo de prevenção. As pessoas poderão saber se têm predisposição a determinadas doenças crônicas, como câncer, hipertensão, diabetes ou doença de Alzheimer e, desta forma, tratá-las antes do aparecimento dos sintomas. Na área da

²⁴⁷ BARBAS, S. M. A. N - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 95.

²⁴⁸ CENTRO DE GENOMAS - Doenças genéticas. *Carta Molecular*, n. 30, p. 1-2, 2011, p. 1.

²⁴⁹ BARBAS, S. M. A. N. *op. Cit.*, 2007, p. 95.

farmacologia, os medicamentos poderão ser administrados de acordo com o perfil genético do paciente. Portanto, as informações advindas do projeto devem servir para proteger a vida e melhorar a saúde. Isto pode ser verdadeiro nos casos em que há uma antecipação do processo terapêutico pela antecipação da doença [...]”²⁵⁰.

Todas as descobertas na medicina se ampararam em novos conhecimentos, buscando a cura, a prevenção ou a previsão de doenças, alcançando na contemporaneidade diferentes abordagens em prol da saúde humana, como a medicina curativa e dos 4Ps, já mencionadas.

Nesta esteira, o uso do PGH dispõe de três abordagens:

- 1 - Consolidar a cura com base nas descobertas de agentes ocasionadores de doenças, pois saber quais são os agentes patológicos causadores das doenças facilita o tratamento;
- 2 - Conhecer as causas das doenças, mediante a medicina preventiva, que é calcada em tratamento prévio para se evitar (ou amenizar) futuras doenças;
- 3 - Associar-se à medicina preditiva, quando o material genético de uma pessoa permite averiguação de sua predisposição a doenças específicas, para conhecer a possibilidade de doenças com antecedência²⁵¹.

A especificidade dos testes genéticos passa a permitir, ao se analisar os perfis do DNA, a identificação de uma determinada pessoa (identidade genética) com o uso da tecnologia hoje denominada de "*DNA-fingerprint*", que consiste numa verdadeira "impressão digital genética". Os testes genéticos acabam por detectar a presença, ausência ou se há modificação em um determinado gene ou cromossomo, através das características hereditárias do homem.

Rui Nunes resume-os da seguinte forma:

- “1) Testes genéticos de diagnósticos (incluindo o DPN e o DGPI);
- 2) Testes genéticos para a detecção do estado de heterozigotia (efetuados em pessoas saudáveis mas portadoras – heterozigóticas – para doenças recessivas);
- 3) Testes pré-sintomáticos (identificação do sujeito como portador, ainda que assintomático, do gene inequivocamente responsável por uma dada doença autossômica de início tardio);
- 4) Testes genéticos preditivos (testes que permitem a detecção de genes de suscetibilidade, ou seja uma predisposição genética para uma dada doença com hereditariedade complexa e com início habitual na vida adulta)”²⁵².

Trazem-se, assim, infinitas possibilidades de ganhos nas abordagens médicas com o uso do PGH, sobretudo nos âmbitos da medicina preditiva e da medicina preventiva,

²⁵⁰ GOULART *et al.* *Op. cit.*, 2010, p. 1.711.

²⁵¹ CÂNDIDO, N. C. *Op. cit.*, 2012.

²⁵² NUNES, R. *Op. cit.*, 2013, p. 94.

consubstanciadas na realização de testes genéticos. É aí que se instala a potencialidade de uso do PGH como ferramenta de preservação da vida humana. A avaliação genética de uma pessoa possibilita a precedência de conhecimento acerca da doença, permitindo-lhe tratamento preventivo, como alteração de hábitos, extirpação de órgão e monitoramento regular para anteceder ao desenvolvimento da doença.

Para tanto, adota-se o exame de sequenciamento genético. Este processo se inicia com a coleta do material de amostra do indivíduo, que pode ser feita por meio de saliva, sangue, cabelo ou outro material biológico (por exemplo, tecido tumoral). A quantidade do material de amostra deve ser compatível com a modalidade de exame de sequenciamento genético solicitada, que pode ser para doenças neurológicas ou hereditárias, variações de tumores, mutação de região no gene ou, mesmo, todo o genoma humano. Posteriormente, se extrai o DNA do material coletado com auxílio de material laboratorial próprio. O resultado, o sequenciamento genético propriamente dito, tem sua leitura assessorada pela tecnologia da informação, para a qual *softwares* próprios permitem o processamento das amostras entre 24 e 30 horas, oferecendo em um arquivo as variantes detectadas²⁵³.

Estima-se que existam mais de 25 mil tipos de doenças com vínculo genético. Dessa maneira, o exame de sequenciamento genético pode sinalizar a potencialidade de desenvolvimento de doenças, permitindo, em alguns casos, o tratamento preventivo²⁵⁴.

Por exemplo, uma mulher constata, no resultado de seu exame de sequenciamento genético, uma alta potencialidade para o desenvolvimento de câncer de mama, assim seguindo preceitos da medicina preventiva, feita através de aconselhamento médico. Pode optar pela retirada das mamas (mastectomia) antes mesmo do desenvolvimento da doença; ou ainda, no caso de o exame de sequenciamento genético apontar a possibilidade de desenvolvimento de doenças cardiovasculares, pode, através de aconselhamento médico, modificar hábitos, evitar o tabagismo, a obesidade e o sedentarismo. Todavia, existem situações em que o conhecimento da possibilidade de desenvolvimento de doença não se faz de grande valia preventiva, como, por exemplo, no caso de um jovem constatar tendência alta para desenvolver Alzheimer na velhice²⁵⁵.

²⁵³ GENOMIKA - A computação por trás dos exames de sequenciamento genético: A Era do Big Data na Medicina Genômica. 28/4/2015. [Em linha]. [Consult. 11 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.genomika.com.br/blog/tecnologia/a-computacao-por-tras-dos-exames-de-sequenciamento-genetico-a-era-do-big-data-na-medicina-genomica>.

²⁵⁴ DAVIES, K. - *Seu genoma por mil dólares: a revolução no sequenciamento do DNA e a nova era da medicina preventiva*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 103.

²⁵⁵ *Idem*, p. 104.

Atualmente, há um aumento do leque de uso do exame de sequenciamento genético, já que pode ser realizado até mesmo em fetos. Tal exame pode ser feito para constatação de síndromes (Down e Patau) por meio do DNA obtido no sangue fetal que circula no sangue da mãe, sem necessidade de algum procedimento invasivo. Também, o uso do exame de sequenciamento genético pode ser feito em material de pré-implantação em reprodução assistida, possibilitando a diminuição de chances de filho com doenças graves, como hemofilia, fibrose cística, coreia de Huntington, adrenoleucodistrofia, distrofia de Duchenne etc²⁵⁶.

Após mais de uma década da descoberta do PGH, o uso do exame de sequenciamento genético é uma realidade na sociedade contemporânea, a qual incorporou seu uso visando às medicinas curativa, preventiva e preditiva, tendo-o como uma nova postura comportamental. Mantém-se, assim, em curso a evolução da medicina, sobretudo calcada no comportamento preventivo da sociedade.

2.3 MEDICINA PREVENTIVA

Conforme Arouca²⁵⁷, a antecipação à doença está diretamente relacionada à sabedoria para dela prevenir-se. Trata-se de um saber no âmbito da medicina de igual importância ao saber da cura. Claramente, segundo o autor, o médico tem seu compêndio do saber terapêutico acerca da cura, todavia, deve saber fazer uso da comunicação com o paciente e das ferramentas como exames laboratoriais para fazer frente ao saber da prevenção. Assim, o médico pode obter informações singulares quando realizada a atuação preventiva, alcançando o prolongamento da vida do indivíduo assistido através de aconselhamento preciso.

Arouca sintetiza a situação:

“A Medicina Preventiva como formação discursiva emerge em um campo formado por três vertentes: *a primeira*, a Higiene, que faz o seu aparecimento no século XIX, intimamente ligada com o desenvolvimento do capitalismo e com a ideologia liberal; *a segunda*, a discussão dos custos da atenção médica, nas décadas de 1930 e 1940 nos Estados Unidos, já sob uma nova divisão de poder internacional e na própria dinâmica da Grande Depressão, que vai configurar o aparecimento do Estado interventor; e *a terceira*, o aparecimento de uma redefinição das responsabilidades médicas surgida no interior da educação médica. (...) A Medicina Preventiva é uma nova atitude incorporada à prática médica, e essa atitude deve ser desenvolvida durante o processo de formação do médico, através de meios e pessoal específicos. Assim, esse movimento encontra seu lugar natural dentro das escolas médicas onde profere seu discurso para a mudança, enfrentando a longa luta de

²⁵⁶ BIANCHI, D.; et. Al., - *DNA Sequencing versus Standard Prenatal Aneuploidy Screening*. N Engl J Med, n. 370, p. 799-808, 27/02/2014.

²⁵⁷ AROUCA, S. - *O dilema preventivista*. São Paulo: UNESP, 2003, p. 132.

preparar novos médicos com a nova atitude preventivista que possa mudar o atual panorama da atenção médica²⁵⁸”. (Grifos do autor)

Como se vê, a Medicina Preventiva permite um cuidado acurado, e também propicia a diminuição de custos com tratamentos médicos, pois o gasto é maior no tratamento da doença já instalada. Quanto à redefinição da postura médica como preventivista, esta cada vez mais se apoia nos conhecimentos científicos, que servem de ferramenta para evitar ou abrandar doenças, com destaque para os exames laboratoriais como o sequenciamento genético.

O conhecimento genético obtido em exames laboratoriais faz parte da medicina preventiva, mobilizando a capacidade de prognósticos sobre diferentes doenças (monogenéticas, multifatoriais ou poligênicas), o que permite, no caso de se detectar alguma doença, a adoção de terapêutica voltada a seu combate total ou a sua amenização²⁵⁹.

Segundo Campana *et all*,

“Devido ao crescimento das pesquisas na área médica, com base cada vez mais na genética, o uso dos testes laboratoriais será mais frequente e abrangerá todas as fases da cadeia de saúde: prevenção, diagnóstico, prognóstico e acompanhamento terapêutico. (...) A educação orientada aos médicos referente à solicitação dos exames também será cada vez mais abrangente. O aumento dos novos testes disponíveis ocorrerá de forma acelerada. As técnicas moleculares dominarão a medicina laboratorial, serão automatizados, com preços acessivos e orientados à medicina personalizada. (...) A medicina personalizada também é uma das tendências da assistência médica no mundo. Podemos defini-la como a utilização da genética e das características individuais como direcionadora dos métodos diagnósticos e terapêuticos. Os principais exemplos da medicina personalizada referem-se aos testes genéticos que designam escolhas terapêuticas individuais. Os testes genéticos já validados devem ser submetidos a estudos de sensibilidade, especificidade e valores preditivos em relação aos genótipos (validação analítica) e resultados assistenciais (validação clínica), assim como deve ser definido o custo-benefício de cada um desses ensaios, direcionando, principalmente para a população-alvo, implicações sociais, fenotípicas e de resultados financeiros²⁶⁰”.

Agostinho de Almeida Santos *apud* Barbas menciona a relação do PGH com a medicina preventiva:

“[...] prever quando e como se verificará a eclosão sintomática de uma determinada afecção, com larga e proveitosa antecipação. Tal perspectiva atraente fundamentar-se-ia numa avaliação genética que visa decifrar as mensagens adulteradas e com expressão tardia contidas no genoma de cada indivíduo²⁶¹”.

Ter o aproveitamento do PGH como ativador da medicina preventiva significa inseri-lo no contexto da legislação da saúde. Na esfera legal brasileira, não há menção direta acerca

²⁵⁸ *Idem*, p. 132.

²⁵⁹ DAVIES, K. *Op. cit.*, 2011, p. 104.

²⁶⁰ CAMPANA, G. A.; OPLUSTIL, C.P.; FARO, L. B. - *Tendências em medicina laboratorial. J Bras Patol Med Lab*, v. 47, n. 4, p. 399-408, Agosto/2011. p. 402-406.

²⁶¹ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 85.

da terminologia medicina preventiva, porém esta se encaixa na subjetividade dos artigos acerca do direito à saúde da Constituição, *in verbis*:

“Constituição brasileira: Artigo 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido **mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Artigo 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Artigo 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com **prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Artigo 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - **controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde** e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - **incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação**; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (Grifos do autor)²⁶²”.

Já no doutrinação jurídico português existe tal menção direta à medicina preventiva, mais especificamente em seu Capítulo III, a saber:

“Constituição portuguesa: Artigo 64 - 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável. 3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da **medicina preventiva**, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência. 4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada²⁶³”. (Grifo do autor)

²⁶² BRASIL - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 47.

²⁶³ PORTUGAL - *Código do Trabalho Português*. 2009. [Em linha]. [Consult 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>.

Nesta conjuntura legal em prol da saúde, tanto no Brasil quanto em Portugal, não resta dúvida sobre o quão importante é a adoção do exame de sequenciamento genético como ativador da medicina preventiva, assessorando no diagnóstico precoce, até mesmo de um feto. Apesar dos louros desta vertente da medicina preventiva, cabe observar que ela também produz efeitos negativos.

Assim, a identificação do material genético viabiliza benefícios significativos para a sociedade, mas também suscita dilemas éticos, porquanto “permite acessar a coleção de moléculas essenciais à vida”, mais precisamente, permite “o desvelamento dos segredos do processo de vida, das componentes bioquímicas dos sentidos e da memória, do desenvolvimento e do envelhecimento, das semelhanças e das diferenças²⁶⁴”, e demanda, por sua vez, definições daquilo que é possível e daquilo que é permitido em relação à realização do exame de sequenciamento genético e suas reverberações.

Nesse sentido, o primeiro dilema ético está associado à valia do uso da informação, já que a ação de prevenção de doença só ocorre se houver a possibilidade de adoção de terapia. Em contrapartida, se não houver tal possibilidade, resta uma informação de ordem de medicina preventiva sem valia, que pode causar sentimentos de indignação, dor, sensação de impotência, entre outros sentimentos similares, no “possível” doente.

Eis algumas situações que levam a pensar sobre o assunto:

- a) quando há indicação de uma doença degenerativa, como, por exemplo, coreia de Huntington, sem cura e que leva à morte, esta não trará ao seu “possível” portador (e familiares) nada além de sentimentos negativos;
- b) quando há indicação de uma síndrome incurável em um feto, como, por exemplo, síndrome de Bartholin-Patau, tal informação pode levar a mãe a fazer um aborto; e
- c) quando há indicação de casais que tenham probabilidade de reproduzir crianças que podem vir a ter doenças letais, esta informação os levará a não ter filhos.

O segundo deles está associado à exploração financeira, já que com a indicação de “possível” doença restam previstas as despesas do futuro paciente, seja com consultas médicas, seja com exames laboratoriais, seja com remédios. Aqui também é possível colocar em pauta algumas situações:

²⁶⁴ J. N. Z. - *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?* Oeiras: Celta Editora, 2002. p. 6.

- a) quando há possibilidade de doença como o diabetes ou alguma cardiopatia, caso em que o “possível” doente terá de fazer manutenção da doença mesmo antes de ela se instalar verdadeiramente, por meio de consultas médicas e exames;
- b) quando há possibilidade de um câncer²⁶⁵, caso em que se pode escolher como medicina preventiva a retirada do órgão possivelmente fadado a desenvolver a doença, levando não só a despesas com consultas médicas, remédios e exames, como também no tocante à cirurgia.

O terceiro deles está associado ao potencial discriminatório no uso da informação, já que, em consonância com Barbas²⁶⁶, o ser humano se torna prisioneiro do seu genoma. Tal aprisionamento significa que a informação sobre possível doença pode afetar o bem-estar social e profissional do indivíduo e ocasionar efeitos discriminatórios.

Aqui também é possível elencar algumas situações passíveis de discriminação:

- a) quando familiares e amigos passam a tratar de forma diferente o “possível” doente, com pena ou excesso de ajuda, sempre a poupá-lo dos afazeres domésticos ou eliminando-o de participação em atividades lúdicas;
- b) quando a informação de síndrome, como Down e Patau, é obtida em exame de sequenciamento genético de feto, fazendo surgir o desejo nos pais de abortá-lo;
- c) quando uma seguradora tem a informação sobre “possível” doença crônica num indivíduo, como asma, diabetes ou doenças cardiovasculares, de antemão ela saberá que terá gastos frequentes com este segurado, desejando assim que haja acréscimo no valor do seu seguro; e
- d) quando o empregador tem a informação de que um candidato a emprego ou um empregado possui possibilidade de desenvolver qualquer doença, sobretudo as crônicas, ele obstará a contratação ou a manutenção de contrato de emprego,

²⁶⁵ “A atriz Angelina Jolie declarou que passou por uma dupla mastectomia preventiva, uma cirurgia para a retirada dos seios. A revelação foi feita em um artigo intitulado ‘My Medical Choice’, publicado no jornal americano ‘The New York Times’ nesta terça-feira (14).

“Minha mãe lutou contra o câncer por quase uma década e morreu aos 56”, diz a atriz no começo do texto. “Ela viveu o suficiente para conhecer seus primeiros netos e segurá-los nos braços. Mas minhas outras crianças nunca terão a chance de conhecê-la e sentir quão amável e graciosa ela era”, afirma.

Angelina, de 37 anos, diz que descobriu ter um “defeito” no gene chamado BRCA1. Os médicos disseram que ela tinha 87% de chances de desenvolver um câncer de mama, e 50% de ter um câncer no ovário.

“Quando soube que essa era minha realidade, decidi ser proativa e minimizar o risco o quanto podia. Tomei a decisão de ter uma dupla mastectomia preventiva”, diz a atriz. “Comecei com os seios, já que meu risco de câncer de mama é mais alto que meu risco de câncer no ovário, e a cirurgia é mais complexa”, afirma. HOSPITALDASCLINICAS - Com receio de cancer angelina jolie faz cirurgia para retirar os seios. [Em linha]. [Consult. 12 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.hospitaldasclinicas.com.br/com-receio-de-cancer-angelina-jolie-faz-cirurgia-para-retirar-os-seios>.

²⁶⁶ BARBAS, S. M. A. N. *Op. cit.*, 2007, p. 97.

evitando atrasos, faltas e gastos extras com substituições temporárias e com seguro.

Decerto, o universo de estudo vinculado ao uso do exame de sequenciamento genético, enquanto ativador de medicina preventiva, é um palco variante, visto que esse cenário comporta evidentes dicotomias: tanto situações positivas quanto situações negativas. Dessa maneira, para melhor aparelhar o uso de tal ferramenta, é válida a realização de uma incursão nos meandros do alicerce jurídico concernente aos direitos fundamentais, para fins de averiguar a possibilidade de promoção de sua positividade e da diluição de sua negatividade. Pode-se dizer que o amparo legal deve ocorrer tal qual o processo de homeostase no corpo humano, pois as normatizações necessitam de adaptação às transformações sociais decorrentes do uso do exame de sequenciamento genético.

Considerando as demandas que podem despontar nesse novo contexto, pautado por questões genômicas e seus desdobramentos, há a necessidade de direcionar o olhar para as normatizações existentes sobre o assunto. Ademais, outras questões, subjacentes ao domínio juscientífico, a exemplo das questões valorativas de cunho social, ético e político, também fazem parte da agenda de debates sobre as dimensões das mudanças trazidas pelos novos cenários.

Impende refletir sobre a imbricação entre técnica, ciência e ética, de modo que o progresso científico não viole valores caros às sociedades contemporâneas, como a dignidade da pessoa humana. Tal reflexão exige um esforço normativo a fim de que os contributos técnicos, científicos e éticos resem alinhados aos direitos fundamentais já consagrados nos âmbitos global e locais.

2.4 NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL

Concomitantemente à investigação científica sobre o genoma, assim como ao início da empreitada do PGH, já havia uma preocupação mundial no tocante à normatização da temática genômica. Na prática, essa preocupação está consubstanciada na promulgação da Declaração Universal Sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos, em 1997, quando da realização da 29ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (Unesco). A Declaração contou com a anuência de 80 Estados membros. O

intuito da Declaração era salvaguardar a dignidade humana em um ambiente de uso científico do genoma humano²⁶⁷.

Na primeira parte da Declaração, a Dignidade Humana e os Direitos Humanos, o seu artigo 1º já ressalta a importância do genoma humano, conferindo-lhe o valor normativo: “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, é o legado da humanidade²⁶⁸”. Aqui, já se intitula legalmente o genoma como essência da vida, portanto digno de proteção. Em complemento, seus artigos 2º e 3º prescrevem que não se deve associar efeito discriminatório às informações genéticas, já que há inerente falta de uniformidade na composição genômica:

“Artigo 2 - a) Toda pessoa tem o direito de respeito a sua dignidade e seus direitos, independentemente de suas características genéticas; b) Essa dignidade torna imperativo que nenhuma pessoa seja reduzida a suas características genéticas e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas. Artigo 3 - O genoma humano, que por natureza evolui, é sujeito a mutações. Contém potenciais que são expressos diferentemente, de acordo com os ambientes natural e social de cada pessoa, incluindo seu estado de saúde, suas condições de vida, sua nutrição e sua educação²⁶⁹”.

O artigo 4º ressalta o perigo da exploração científica do genoma sem consciência, quando assevera: “o genoma humano no seu estado natural não deve levar a lucro financeiro²⁷⁰”.

Já na segunda parte da Declaração, intitulada Direito dos Indivíduos, o artigo 5º reforça o caráter individual e pessoal da informação genômica:

“a) Qualquer pesquisa, tratamento ou diagnóstico que afete o genoma de uma pessoa só será realizado após uma avaliação rigorosa dos riscos e benefícios associados a essa ação e em conformidade com as normas e os princípios legais no país. b) Obter-se-á, sempre, o consentimento livre e esclarecido da pessoa. Se essa pessoa não tiver capacidade de autodeterminação, obter-se-á consentimento ou autorização conforme a legislação vigente e com base nos interesses da pessoa. c) Respeitar-se-á o direito de cada pessoa de decidir se quer, ou não, ser informada sobre os resultados do exame genético e de suas consequências. d) No caso de pesquisa, submeter-se-ão, antecipadamente, os protocolos para revisão à luz das normas e diretrizes de pesquisa nacionais e internacionais pertinentes. e) Se, de acordo com a legislação, a pessoa tiver capacidade de

²⁶⁷ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Tradução Regina Coeli. 1997. [Em linha]. [Consult 10 de maio de 2015]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

²⁶⁸ *Idem*, p. 7.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 7.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 7.

autodeterminação, a pesquisa relativa ao seu genoma só poderá ser realizada em benefício direto de sua saúde, sempre que previamente autorizada e sujeita às condições de proteção estabelecidas na legislação vigente. Pesquisa que não se espera traga benefício direto à saúde só poderá ser realizada excepcionalmente, com o maior controle, expondo a pessoa a risco e ônus mínimos, sempre que essa pesquisa traga benefícios de saúde a outras pessoas na mesma faixa etária ou com a mesma condição genética, dentro das condições estabelecidas na lei, e contanto que essa pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos da pessoa²⁷¹”.

No artigo 6º, mais uma vez é conferida ênfase ao combate à discriminação, com a ênfase no caráter individual e pessoal da informação genômica. Nessa direção, “ninguém poderá ser discriminado com base nas suas características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana²⁷²”. Nos artigos 7º, 8º e 9º é destacada a importância da proteção da informação genômica como um dado pessoal (íntimo) do indivíduo e um direito fundamental:

“Artigo 7 - Os dados genéticos relativos a pessoa identificável, armazenados ou processados para efeitos de pesquisa ou qualquer outro propósito de pesquisa, deverão ser mantidos confidenciais nos termos estabelecidos na legislação. Artigo 8 - Toda pessoa tem direito, em conformidade com as normas de direito nacional e internacional, a reparação justa de qualquer dano havido como resultado direto e efetivo de uma intervenção que afete seu genoma. Artigo 9 - Com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, qualquer restrição aos princípios de consentimento e confidencialidade só poderá ser estabelecida mediante lei, por razões imperiosas, dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos²⁷³”.

As outras duas partes seguintes da Declaração – Pesquisa Sobre o Genoma Humano e Condições Para o Exercício de Atividades Científicas – tratam da necessidade de se conferir seriedade e respeito aos direitos humanos na consolidação de pesquisas sobre o genoma humano. As três partes finais da Declaração – Solidariedade e Cooperação Internacionais, Promoção dos Princípios Estabelecidos na Declaração e Implementação da Declaração – especificam as posturas que devem ser adotadas pelos Estados membros no que tange a ajustes sociais e científicos no âmbito do genoma humano.

Em 1997, paralelamente à Declaração da Unesco (1997), e com o mesmo intuito disciplinar desta, o Conselho da Europa instituiu a abertura para o firmamento da Convenção Sobre Direitos do Homem e a Biomedicina, que entrou em vigor em 1999. A Convenção, com 38 artigos, lavrou os preceitos da Bioética, especificando os direitos fundamentais em face do

²⁷¹ *Ibidem*, p. 8.

²⁷² *Ibidem*, p. 8.

²⁷³ *Ibidem*, p. 9.

uso da ciência genética. Em especial, tratou da dignidade humana, criando campo para uso consciente da ciência, ou seja, uma ambientação sem exploração financeira, sem postura discriminatória e sem violação à vida, com a promoção do consentimento livre e da sapiência da sociedade sobre o uso da ciência genômica. Em outras palavras, a Convenção semeia “os equilíbrios justos, mas difíceis, entre os direitos e os interesses do indivíduo, da sociedade, da ciência e da espécie humana²⁷⁴”. Neste contexto, conforme Marinho²⁷⁵, há reconhecimento do valor da ciência genômica, porém, afastado de comportamentos nocivos ao homem, sobretudo os discriminatórios.

Em 1998, o Conselho da Europa instaurou abertura para protocolo complementar da Convenção, o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, restando instituída, por intermédio de tal documento, a proibição da clonagem humana em 2001²⁷⁶.

Posteriormente, em 2004, na 32ª Conferência Geral da Unesco, foi proclamada a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, reafirmando os preceitos já constantes em sua Declaração anterior (1997), visando à promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, principalmente no âmbito da conservação dos dados genéticos, da proteção da vida privada e da segurança da pessoa²⁷⁷.

Esta Declaração possui 27 artigos, divididos em seis partes, a saber: Disposições Gerais, Recolha, Tratamento, Utilização, Conservação e Promoção e Aplicação. Entre os artigos, sobressaem os acréscimos normativos voltados ao respeito e ao uso ético da informação acerca dos dados genéticos individuais.

Nesse sentido, eis os artigos 4º e 7º da Declaração:

“Artigo 4 - Especificidade: (a) A especificidade dos dados genéticos humanos decorre do facto de: (i) Serem preditivas de predisposições genéticas dos indivíduos; (ii) poderem ter um impacto significativo sobre a família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações, e em certos casos sobre todo o grupo a que pertence a pessoa em causa; (iii) poderem conter informações cuja importância não é necessariamente conhecida no momento em que são recolhidas as amostras biológicas; (iv) poderem revestir-se de importância cultural para pessoas ou grupos. (b) É necessário prestar a devida atenção ao carácter sensível dos dados genéticos humanos e garantir um nível de protecção adequado a esses dados e às amostras biológicas. (...) Artigo 7 – Não discriminação e não estigmatização: (a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteómicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por

²⁷⁴ SILVA, M. P - *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 13.

²⁷⁵ *Idem*, p. 13.

²⁷⁶ CAMPOS, A - Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina. *Direito da Saúde*, v. 19, n. 1, Jan.-Jun./2001.

²⁷⁷ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Internacional Sobre Dados Genéticos Humanos*. Tradução Comissão da UNESCO Portugal. 2004. [Em linha]. [Consult 1 de maio de 2015]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf.

finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades. (b) A este respeito, será necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações²⁷⁸”.

O artigo 8º trata da permissão para a recolha dos dados genéticos:

“Artigo 8 - Consentimento: (a) **O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos**, de dados proteómicos humanos ou de amostras biológicas, quer ela seja efectuada por métodos invasivos ou não-invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. **Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.** (b) Quando, de acordo com o direito interno, uma pessoa é incapaz de exprimir o seu consentimento informado, deverá ser obtida uma autorização do seu representante legal, de acordo com o direito interno. O representante legal deverá agir tendo presente o superior interesse da pessoa em causa. (c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar na medida do possível no processo de autorização. A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade. (d) Os rastreios e testes genéticos praticados para fins de diagnóstico e de cuidados de saúde em menores e adultos incapazes de exprimir o seu consentimento não serão em princípio eticamente aceitáveis a não ser que tenham importantes implicações para a saúde da pessoa e tenham em conta o seu superior interesse²⁷⁹”. (Grifos do autor).

Outro artigo importante da Declaração é o 14, que versa especificamente sobre a questão da intimidade das informações genéticas de um indivíduo:

“Artigo 14 - Vida privada e confidencialidade: a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável; (b) **Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família**, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais. (c) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica não deverão por norma estar associados a uma pessoa identificável. Mesmo quando esses dados ou amostras biológicas não estão associados a uma pessoa identificável, deverão ser tomadas as precauções

²⁷⁸ *Idem*, p. 6.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 8.

necessárias para garantir a sua segurança. (d) Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica só podem manter-se associados a uma pessoa identificável se forem necessários para a realização da investigação e na condição de a vida privada do indivíduo e a confidencialidade dos referidos dados ou amostras biológicas serem protegidos em conformidade com o direito interno. (e) Os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos não deverão ser conservados sob uma forma que permita identificar o indivíduo em causa por mais tempo que o necessário para alcançar os objectivos com vista aos quais foram recolhidos ou ulteriormente tratados²⁸⁰”. (Grifo do autor).

Destaca-se, ainda, entre os artigos finais da Declaração, o 23, que realça a importância da postura do Estado quanto à promoção do conhecimento genético na sociedade, favorecendo, com isso, um ambiente adequado ao uso consciente da ciência genética:

“Artigo 23 - Aplicação: Os Estados deverão tomar todas as medidas apropriadas, de natureza legislativa, administrativa ou outra, para pôr em prática os princípios enunciados na presente Declaração, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. **Essas medidas deverão ser apoiadas por uma acção em matéria de educação, formação e informação do público (...)**²⁸¹”. (Grifo do autor)

No mesmo sentido, ratificando os postulados elencados na Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997 e na Convenção do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina, os Estados participantes nos Encontros sobre Bioética e Genética de Manzanillo (1996) e de Buenos Aires (1998), procedentes da América Latina e da Espanha, adotaram a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética (Declaração de Manzanillo).

Entre os postulados éticos trazidos pela referida Declaração, destacam-se:

“QUARTO: Os **princípios éticos** que devem guiar as ações da genética médica são:

- a) a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas como parte do direito à saúde**, para que possam contribuir a aliviar o sofrimento que elas ocasionam nos indivíduos afetados e em seus familiares;
- b) a igualdade no acesso aos serviços** de acordo com as necessidades do paciente independentemente de sua capacidade econômica;
- c) a liberdade no acesso aos serviços**, a **ausência de coação** em sua utilização e o **consentimento informado** baseado no assessoramento genético não diretivo;
- d) as provas genéticas e as ações que derivem delas têm como **objetivo o bem-estar e a saúde da pessoa**, sem que possam ser utilizadas para imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias, nem para a satisfação de requerimentos de terceiros;
- e) o respeito à autonomia** de decisão dos indivíduos para realizar as ações que seguem aos resultados das provas genéticas, de acordo com as prescrições normativas de cada país;
- f) a informação genética individual é privativa da pessoa de quem provém** e não pode ser revelada a terceiros sem seu expresso consentimento²⁸²”.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 10.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 13.

²⁸² DECLARAÇÃO IBERO-LATINO-AMERICANA SOBRE ÉTICA E GENÉTICA - *Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em 1998*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/manza98.htm>.

Além de enunciar princípios éticos, a Declaração de Manzanillo coloca em relevo a necessidade de regulamentação dos aspectos mais sensíveis da pesquisa genética, quais sejam:

- “a) a manipulação, o armazenamento e a difusão da informação genética individual, de tal forma que garanta o respeito à privacidade e intimidade de cada pessoa;
- b) a atuação do geneticista como conselheiro ou assessor do paciente e de seus familiares, e sua obrigação de guardar a confidencialidade da informação genética obtida;
- e) a manipulação, o armazenamento e a disposição dos bancos de amostras biológicas (células, ADN, etc.), que deverão ser regulamentados garantindo que a informação individualizada não se divulgue sem assegurar o direito à privacidade do indivíduo, e nem seja usada para fins diferentes daqueles que motivaram a sua coleta;
- d) o consentimento livre e informado para a realização das provas genéticas e intervenções sobre o genoma humano deve ser garantido através de instâncias adequadas, em especial quando se trata de menores, incapazes e grupos que requeiram uma tutela especial²⁸³”.

Também merece atenção a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de 2005, instituída na 33ª Conferência Geral da Unesco, que complementou e reafirmou os preceitos já estabelecidos nas Declarações anteriores (1997 e 2004), em seus 28 artigos.

A nova Declaração colocou na pauta normativa a importância da bioética. Seu artigo 1º explicita: “A presente Declaração trata das questões de ética suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, aplicadas aos seres humanos, tendo em conta as suas dimensões social, jurídica e ambiental²⁸⁴”. Aqui é trazida à baila, expressamente, a necessidade do uso ético da ciência genética, o que nas Declarações anteriores constava apenas de forma implícita.

A Declaração, na esteira ética de utilização de informações genéticas individuais, traz uma ressalva importante em seu artigo 9º:

“Artigo 9 - vida privada e confiabilidade: **A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas.** Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos²⁸⁵”. (Grifo do autor).

A Declaração também trata do perigo de o indivíduo tornar-se refém do seu genoma ou, dito de outro modo, quando há possibilidade de sujeição à discriminação, com riscos até

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos*. Tradução Comissão da UNESCO Portugal. 2005. [Em linha]. [Consult 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. p.6

²⁸⁵ *Idem*, p. 8.

da prática de eugenia. Situação em que prevalece a postura ética referida em seu artigo 11: “Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização²⁸⁶”.

Ainda é digno de referência o artigo 18 da Declaração, que enfatiza de forma mais contundente, quando comparado aos preceitos da Declaração anterior, a questão da promoção do conhecimento genético e de seu uso consciente pela sociedade:

“Artigo 18 - Tomada de decisões e tratamento das questões de bioética: 1. O profissionalismo, a honestidade, a integridade e a transparência na tomada de decisões, em particular a declaração de todo e qualquer conflito de interesses e uma adequada partilha dos conhecimentos, devem ser encorajados. Tudo deve ser feito para utilizar os melhores conhecimentos científicos e as melhores metodologias disponíveis para o tratamento e o exame periódico das questões de bioética. 2. Deve ser levado a cabo um diálogo regular entre as pessoas e os profissionais envolvidos e também no seio da sociedade em geral. 3. Devem promover-se oportunidades de um debate público pluralista e esclarecido, que permita a expressão de todas as opiniões pertinentes²⁸⁷”.

O artigo 19, ao complementar o artigo 18, identifica a necessidade de adoção de um comitê de ética para um melhor entrosamento da sociedade com a ciência genômica, com o propósito de:

“(a) avaliar os problemas éticos, jurídicos, científicos e sociais relevantes no que se refere aos projectos de investigação envolvendo seres humanos; (b) dar pareceres sobre os problemas éticos que se levantam em contextos clínicos; (c) avaliar os progressos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a elaboração de princípios normativos sobre as questões do âmbito da presente Declaração; (d) promover o debate, a educação e bem assim a sensibilização e a mobilização do público em matéria de bioética²⁸⁸”.

Em 2005, a Unesco, através de seu Comitê Internacional de Bioética (CIB), adotou uma posição contrária à clonagem humana, considerando tal prática inconciliável com a dignidade humana e a proteção da vida. Esse posicionamento foi revisto em 2008, com a abertura de uma exceção para a clonagem terapêutica, visto que, segundo o Diretor-Geral da Unesco, Koïchiro Matsuura, “Os progressos tecnológicos recentes e as novas perspectivas quanto à utilização de células estaminais no tratamento de doenças humanas levantaram novamente a questão da adequabilidade dos regulamentos internacionais aplicáveis à investigação neste domínio²⁸⁹”.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 8.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 9.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 10.

²⁸⁹ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Proibição de clonagem humana pela Assembleia Geral vai ser reconsiderada. 13/10/2008*. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>.

Decerto, os conteúdos comuns das Declarações da Unesco e da Declaração de Manzanillo contribuem na formatação, ainda que de forma resumida, do uso consciente da ciência genômica. Todas as Declarações proporcionam princípios basilares para o uso e a exploração futura da ciência genômica, porquanto respeitam as liberdades fundamentais e a dignidade humana²⁹⁰.

Nessa linha, imperioso ressaltar que tais Declarações têm o importante papel de adequar as especificidades da pesquisa genética à observância dos postulados centrais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrados em diversos tratados de proteção à pessoa humana, em âmbito global e regional, notadamente no que se refere ao direito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao mais elevado nível possível de saúde e ao desenvolvimento científico.

Assim:

“Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (Declaração Universal de Direitos Humanos – 1948).²⁹¹

Artigo 3º Todo indivíduo tem **direito à vida, à liberdade e à segurança** pessoal. (Declaração Universal de Direitos Humanos – 1948)²⁹²

Artigo 12º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o **direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir**.

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;
- b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;
- c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras;
- d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença. (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 1966)²⁹³”.

“Artigo 15º

1. Os Estados Partes do presente Pacto **reconhecem a cada indivíduo o direito de:**

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;**
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

²⁹⁰ SARLET, I. W.; PETERLLE, S.R. - A Pesquisa com Seres Humanos e os Parâmetros Protetivos. *Chapecó*, v. 15, n. 1, p. 13-38, jan./jun. 2014.

²⁹¹ OHCHR, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Declaração Universal de Direitos Humanos*. 1948. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_4.htm.

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura. (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 1966)²⁹⁴.

2.5 CONSTITUIÇÕES PORTUGUESA E BRASILEIRA

Portugal e Brasil fazem parte do grupo de Estados Membros da Unesco. Suas doutrinas domésticas compactuam com a normatização das Declarações dessa Organização. No caso português, além das Declarações da Unesco, a normatização doméstica também se filia à normatização proposta pelo Conselho da Europa. Nesta esteira, as doutrinações domésticas portuguesa e brasileira salvaguardam os preceitos das ditas normatizações internacionais.

Em ambos os países, as Constituições acham-se em consonância com os preceitos dos direitos humanos e, destarte, primam pelo respeito à vida. Logo, defendem o respeito aos direitos fundamentais e preservam a integridade dos atributos físicos e psíquicos da pessoa humana. À vista disso, a identidade pessoal do indivíduo, formada por atributos físicos e psíquicos próprios, resta reconhecida, e cada pessoa é considerada única. Com fulcro na assertiva de que cada ser humano é único, Otero²⁹⁵ retrata a proibição da clonagem humana, uma vez que não podem existir seres humanos totalmente iguais.

Nesta linha, a identidade da pessoa humana é a tradução de sua individualidade que, por conseguinte, tem como essência para a sua existência o genoma humano. A atribuição do genoma enquanto fonte da vida faz com que a identidade genética seja preservada normativamente.

A Constituição portuguesa em seu artigo 1º enfatiza a valoração e a preservação da dignidade humana, unificando os direitos fundamentais. Normatização esta que oferece respaldo ao seu artigo 26, especialmente no nº 3, que trata dos direitos pessoais na integridade

²⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_4.htm.

²⁹⁵ OTERO, P. - *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

peçoal, reconhecendo a necessidade de preservação da identidade genética, principalmente em ambiente de experimentação científica²⁹⁶.

“Constituição portuguesa – Artigo 26: 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3 **A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.** 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos²⁹⁷”. (Grifo do autor).

No âmbito brasileiro, o artigo 1^a da Constituição também ampara a valoração e a preservação da dignidade humana, unificando os direitos fundamentais. Embasamento este que sustenta as premissas normativas pertinentes à ciência genômica, as quais têm respaldo em seu capítulo VI, que versa sobre o meio ambiente:

“Constituição Brasileira – Artigo 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...]

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...]^{298 299}”. (Grifo do autor).

O artigo em apreço entende a preservação do patrimônio genético como forma de preservação das espécies, sendo este a característica da essência de cada espécie. Destaca-se que a Lei 11.105, de 2005, assessorou o incremento na Constituição brasileira nos dois incisos do artigo 225 citados, permitindo um viés mais direto acerca da biossegurança. A lei também criou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança e especificou os seguintes crimes e penas:

“Lei 11.105/2005 - Artigo 24 - Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Artigo 25 - Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Artigo 26 - Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

²⁹⁶ CANOTILHO. *Op. cit.*, 2003, p. 117.

²⁹⁷ PORTUGAL - *Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005)*. Assembleia da República 1976. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>. P. 7.

²⁹⁸ BRASIL - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 37.

²⁹⁹ Os incisos II e V foram adicionados à Constituição de 1988, através da Lei nº 11.105, de 2005, que estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Artigo 27 - Liberar ou descartar Organismos Geneticamente Modificados no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa³⁰⁰”.

Ainda, depreende-se da Constituição brasileira que, apesar de não restar prevista expressamente a identidade genética como um direito fundamental, é possível lograr tal entendimento a partir da apreciação de outros termos constitucionais, já que em seu artigo 5º há a formatação de princípios para a fundamentação dos preceitos da dignidade humana. Além disso, o § 2º e o § 3º do artigo 5º certificam o uso das normatizações internacionais, e assim estabelecem:

“Constituição Brasileira - Artigo 5º: § 2 Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais³⁰¹”.

Dessa forma, de forma subjetiva acha-se implícita a garantia ao direito à identidade genética, já que o gene humano, por ser essência da vida, é bem jurídico fundamental, que deve ser protegido, justamente para não ferir a dignidade humana. Conforme Petterle³⁰², a identidade genética torna-se um direito fundamental devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, um direito inviolável.

Acompanhando o entendimento de Diniz³⁰³, o direito à identidade genética em âmbito constitucional, português e brasileiro, é um direito íntimo do ser humano, que não deve ser violado. Assim, todo comportamento social, vinculado ao cunho da ciência genômica, deve estar em consonância com os preceitos normativos, de forma a não violar a essência da vida.

Por fim, com base em toda a normativa internacional e constitucional apresentada, é possível estabelecer, seguindo os estudos de Diaféria³⁰⁴, alguns princípios estruturadores da proteção ao patrimônio genético humano. São eles:

³⁰⁰ BRASIL - *Lei 11.105 - Lei de Biossegurança*. 24/3/2005. [Em linha]. [Consult. 5 de maio de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm.

³⁰¹ BRASIL. *Op. cit.*, 1988, p. 6.

³⁰² PETTERLE, S. R - *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

³⁰³ DINIZ, M.H - *O Estado Atual do Biodireito*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 94.

³⁰⁴ DIAFÉRIA, A. - Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos. In Carneiro F.; Emerick (Orgs.). *LIMITE – A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2000.

a) Princípio da Integridade – estabelece a necessidade de não interferência na composição do material genético humano com o simples objetivo de obter determinadas características fenotípicas desejadas.

b) Princípio da Diversidade – preconiza ser imperiosa a manutenção da variedade da espécie humana, razão pela qual a pesquisa genética em seres humanos não deve servir de meio para qualquer espécie de homogeneização.

c) Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana – visa impedir que nas pesquisas científicas os indivíduos sejam reduzidos a suas características genéticas.

d) Princípio da Não Disponibilidade Econômica – o patrimônio genético humano, em seu estado natural, não deve ser aferido economicamente para finalidades lucrativas.

e) Princípio da Avaliação Prévia ou Princípio da Precaução – antes de qualquer pesquisa, tratamento ou diagnóstico, é necessário avaliar os riscos e benefícios, bem como observar as exigências legais.

f) Princípio do Consentimento Informado – necessidade de consentimento prévio, livre e espontâneo da pessoa envolvida.

g) Princípio da Informação – o detentor do material genético a ser manipulado deve receber todas as informações necessárias para a compreensão dos possíveis resultados e consequências advindos da pesquisa/manipulação.

h) Princípio da Confidencialidade – a informação genética é confidencial e pertence à pessoa detentora do material experimentado.

i) Princípio da Prudência – todas as entidades envolvidas na pesquisa genética deverão agir com prudência, atentando sempre para a preservação da dignidade humana.

j) Princípio da Responsabilidade – as entidades de pesquisa envolvidas na manipulação do genoma e os comitês de revisão ética e genética assumirão todos os riscos decorrentes de suas atividades em face de possíveis danos, independentemente de qualquer circunstância.

k) Princípio da Vulnerabilidade – deve ser dada especial atenção aos casos que envolvam pessoas com capacidade de autodeterminação reduzida, principalmente quanto ao consentimento para a realização da pesquisa, bem como aqueles envolvendo pessoas que careçam de conhecimentos técnicos suficientes para entender o procedimento ao qual serão submetidas.

l) Princípio da Necessidade – comprovação da real necessidade da intervenção/manipulação do genoma humano para o avanço do conhecimento científico.

m) Princípio da Igualdade – deve ser garantido a todos o direito de acesso aos testes genéticos, independentemente de origem, raça, etnia ou classe socioeconômica.

n) Princípio da Qualidade – adequada capacitação dos envolvidos e dos laboratórios e acompanhamento de uma equipe de cientistas e de uma comissão de ética.

2.6 ANÁLISE DO CAPÍTULO

O PGH foi o resultado de uma longa caminhada do desenvolvimento científico, que passou por períodos de descobertas distintas ao longo do século XVI até o século XVIII. Inicialmente, encontrou respaldo em bases conceituais filosóficas e teológicas, tendo Aristóteles como primeiro biólogo da História, assim como em princípios cristãos.

Posteriormente, Galileu, Newton e Descartes ofertaram pilares das ciências exatas (Física e Matemática), oferecendo aporte para o entendimento do mundo como uma máquina, que propiciou a Harvey relacionar a mecânica corporal ao processo de circulação sanguínea. Em seguida, Lavoisier revelou o processo respiratório como fator de oxigenação para sobrevivência dos seres vivos, Goethe conceituou a morfologia, Khan percebeu o sistema de autorregulação dos seres vivos e Humboldt observou a evolução dos organismos vivos, do clima e da crosta terrestre.

Mais adiante na História, no decorrer dos séculos XIX e XX, a evolução científica que amparou o PGH tomou maior vulto. Virchow, no âmbito da microbiologia, percebeu a relação da doença com a célula enferma, Pasteur descobriu a relação das bactérias na formação de doenças e Bernard constatou a autorregulação do corpo humano para seu equilíbrio funcional. Adiante, Henderson conceituou o pensamento sistêmico como forma de análise do ser vivo ou de alguma parte dele, influenciando Bertalanffy, que esmiuçou processos sistêmicos individuais como o metabolismo da célula, e também Varela e Maturana, que estabeleceram a existência da autopoiese.

O pensamento sistêmico fez florescer, sobretudo, o entendimento científico acerca do gene, como um segmento de DNA composto por substâncias que influenciam a potencialidade corpórea de transferir e replicar peculiaridades de hereditariedade, sendo o DNA a essência da vida. O estudo do DNA revelou novos interesses científicos, entre eles, sobressaiu no final do século XXI o PGH, que no início do século XXI forneceu informações sobre características genéticas individuais, objetivando a preservação e a melhora de vida dos seres humanos.

Neste contexto, mediante o exame de sequenciamento genético, uma realidade advinda do PGH, tornou-se possível a detecção de doenças monogenéticas, multifatoriais ou poligênicas, o que permitiu a adoção de medidas de medicina preditiva e de medicina preventiva. É justamente por esta função preditiva e preventiva, com cunho de proteção à vida humana, que o uso do exame de sequenciamento genético passou a fazer parte das práticas de exame de saúde, como um recurso norteador para a detecção de possíveis doenças para o futuro.

Dessa maneira, o PGH passou a fazer parte do alicerce médico de medicina preventiva. Observa-se que as Constituições de Portugal e do Brasil enaltecem a prática da medicina preventiva, tendo-a como modalidade para a redução de risco de doença e uma forma de proteção à saúde da sociedade.

Todavia, tal ambiente preventivo da informação genética pode resvalar em três situações negativas. A primeira relaciona-se ao sucesso da medicina preventiva de uma informação genética, pois ele só será alcançado se a doença genética detectada estiver vinculada à cura; caso contrário, torna-se uma informação sem valia. A segunda vincula-se à questão financeira, já que a informação de uma futura doença implica um futuro cliente para despesas com consultas médicas, exames laboratoriais e remédios, o que pode acarretar o uso excessivo do exame de sequenciamento genético. A terceira são os efeitos discriminatórios vinculados à informação genética, seja na exclusão social ou na prática de aborto, seja nas relações conjugais e no comportamento das seguradoras e dos empregadores.

Tais negatividades não passaram despercebidas, visto que a normatização internacional, proposta pela Unesco e também pelos Estados ibero-latino-americanos, criou diretrizes para proteger a dignidade humana no tocante ao uso do exame de sequenciamento genético. Para tanto, instituiu-se a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética (1996/1998), a Declaração Internacional Sobre Dados Genéticos Humanos (2004) e a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005).

As doutrinas domésticas de Portugal e do Brasil também oferecem respaldo para proteger a dignidade humana em ambiente da ciência genética. No âmbito das Constituições, como ambos os Estados são membros da Unesco, existe o uso dos preceitos ordenadores propostos pela Unesco. A Constituição portuguesa apoia-se nos artigos 1º e 26 (nº 3), que tratam respectivamente dos direitos fundamentais e dos direitos pessoais na integridade pessoal, preservando os aspectos da dignidade humana. Já a Constituição brasileira apoia-se

em seus artigos 1º, 5º e 225, que abordam respectivamente os direitos fundamentais, a manipulação e o patrimônio genético como ato de se preservar o meio ambiente. Em suas diretrizes, ambas as Constituições consideram a identidade genética como um direito íntimo do ser humano, que não deve ser violado.

Ao fim, tem-se estabelecido, a partir de uma interpretação sistemática dos diplomas nacionais e internacionais, um rol de princípios basilares a serem observados quando da realização de pesquisas científicas que envolvem genoma humano, quais sejam: princípio da integridade, da diversidade, do respeito à dignidade humana, da não disponibilidade econômica, da avaliação prévia, do consentimento informado, da informação, da confidencialidade, da prudência, da responsabilidade, da vulnerabilidade, da necessidade, da igualdade e da qualidade.

3. RELIGIÃO, SOCIEDADE E CIÊNCIA

A revisão literária da tese segue no presente capítulo, o qual dispõe sobre conceitos socioculturais a respeito da vida. Para tanto, é conferida ênfase às reflexões sobre o significado da vida em suas vertentes teológicas e filosóficas e, também, a assuntos nocivos à vida, que ferem os direitos humanos, como eugenia e discriminação.

3.1 CONCEITUAÇÃO DA VIDA

Para Alves³⁰⁵, entender a vida é um caminho complexo, pois abrange não só o ideal físico do corpo, como também abrange posturas racionais, traduzidas em mudanças comportamentais contínuas do ser humano, as quais conduzem sua evolução e sua preservação na Terra.

Conforme Dushkin:

“Vida é sinônimo de mudança. Talvez a maior diferença entre objetos animados e inanimados está em que os organismos vivos mudam e adaptam-se rapidamente aos seus ambientes. Uma pedra sobrevive por ser tão dura que o vento e a chuva a desgasta lentamente. Um ser humano é mais frágil que a pedra. Os seres humanos sobrevivem escapando do vento e da chuva quando eles ocorrem ou, o que é mais importante, aprendem a prever quando é provável a ocorrência do mau tempo, evitando desta forma seus piores elementos. Pedras não são motivadas a aprender – elas não sofrem ou gozam prazer como os seres humanos. Talvez nada seja mais importante, em nossa compreensão do comportamento dos organismos, que o processo de aprendizagem, como ele ocorre e o que o motiva³⁰⁶”.

Dessa maneira, na busca pelo seu bem-estar e/ou pelo seu viver melhor, o ser humano procura compreender o mundo, seja por meio da apropriação de um senso comum, seja por meio de um entendimento das descobertas científicas.

Alves sintetiza a situação da seguinte maneira:

“O senso comum e a ciência são expressões da mesma necessidade básica, a necessidade de compreender o mundo, a fim de viver melhor e sobreviver. Para aqueles que teriam a tendência de achar que o senso comum é inferior à ciência, eu só gostaria de lembrar que, por dezenas de milhares de anos, os homens sobreviveram sem coisa alguma que se assemelhe à nossa ciência³⁰⁷”.

Nesta conjuntura de conhecimento do mundo, o ser humano conquistou saberes sobre a matéria e o espírito, permitindo a constituição de mudanças comportamentais e, por conseguinte, do senso comum, ao longo de sua história. A conquista do conhecimento sobre a matéria revela a possibilidade de salvação do ser humano:

³⁰⁵ ALVES, R. - *Filosofia da Ciência*. 9.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 20.

³⁰⁶ DUSHKIN, D. A. (Org.) - *Psychology Today*. Del Mar: CRM Books, 1970. p. 63.

³⁰⁷ ALVES, R. *Op. cit.*, 1986, p. 20.

“Os objetos científicos postulados, e as leis da física e da química a eles concernentes, definem o seu conceito de salvação. Por meio dessas doutrinas indiretamente corroboradas, ele regula seus processos industriais, constrói suas pontes, exprime a boa vida que se opera através da ciência aplicada, e espera dominar cada vez mais os processos naturais que determinam seus sofrimentos, seus prazeres, sua saúde e sua doença e até os padrões de sua arte e sua literatura³⁰⁸”.

A conquista do saber do espírito através das religiões conduziu o ser humano à prática de determinadas condutas orientadas, sobretudo, por uma ordem moral, com esteio na busca pela salvação. Nesse rumo, é possível inferir que “a moral ensina como podemos tornar-nos dignos do bem supremo, a religião, como obtê-lo³⁰⁹”.

As religiões teológicas englobam três fontes distintas: o dogma, o regime e o culto. Todas as fontes tratam do ser humano e abarcam seus sentimentos, seus pensamentos e suas ações. O dogma oferece explicação do mundo e do homem; o regime estabelece normas de conduta; e o culto tem por objeto idealizar a fé³¹⁰.

Decerto, a busca pelo conhecimento da vida trouxe consigo inferências intrincadas com a existência humana, seja no tocante à ordem material, seja no tocante à ordem espiritual. Conforme Barbas, “ao longo da história da Humanidade, o ser humano procura, incessantemente, explicações sobre *o que é, como é e quem é*. Na tentativa de compreender *o que é, como é e quem é*, o homem cria, fabrica e produz História, Arte, Ciência e Religião³¹¹” (grifo do autor). Justamente por sua singularidade, a vida humana necessita de racionalizações acerca de sua existência, buscando assim sua salvação pelo conhecimento religioso e pelo conhecimento científico, o que faz com que ambos os conhecimentos se confrontem continuamente³¹².

O direcionamento do olhar da ciência para o genoma humano demandou a reflexão das estruturas teológicas sobre tal fato ante seus dogmas. Dadas as diversas impressões de vertentes teológicas a respeito do assunto, com base em Barbas³¹³, faz-se oportuno eleger as impressões das principais religiões monoteístas acerca do novo saber científico: o Cristianismo, o Islamismo e o Judaísmo.

O Cristianismo imprimiu à vida humana um valor único, alçando-a a um bem supremo, a ser respeitado e preservado. Precisamente, foi a visão cristã que incutiu este

³⁰⁸ MOORE, C. A. - *Filosofia: Ocidente e Oriente*. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 242.

³⁰⁹ KANT *apud* KORANYI, H. H. - *O pensamento de Immanuel Kant*. São Paulo: Agência Editora Iris, 1959. p. 86.

³¹⁰ RAMALHO, J. A. - *Ensaio: a pequena enciclopédia dos problemas de filosofia*. Rio de Janeiro: 1979.

³¹¹ BARBAS, S. M. A. N. - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 105.

³¹² RAMALHO. *Op. cit.*, 1979.

³¹³ BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 105.

conceito, tendo a vida no homem como perpetuação da imagem de Deus. Ou seja, a vida é considerada divina e é dotada de valor infinito^{314 315}.

Como “a ideia mais fundamental e profunda sobre o homem, contida na Bíblia, é seu caráter de imagem e semelhança do próprio Deus³¹⁶”, existe uma noção de inviolabilidade do ser humano, devendo este ser sempre respeitado em face de sua constituição divina. Respeitar a vida humana é respeitar a Deus.

Assim, para o Cristianismo, a preservação do ser humano é o resultado da prática de respeito ao próximo, que, por sua vez, é resultado da prática do livre- arbítrio em prol do bem (conforme percepção de Kant), através das ações corretas, dotadas de dignidade, sendo este o caminho para a salvação da humanidade. Foi nesta busca pela salvação que se incutiu a moral no Cristianismo, lavrando uma postura de preservação à vida.

Com base em Tomás de Aquino *apud* Redhead entende-se que:

“A graça não elimina a natureza, mas aperfeiçoa. A qualidade essencial do homem é a razão, que o diferencia dos outros animais. Apesar da queda, todos os homens conservam o uso da razão, e embora tendendo ao erro, são capazes de conhecer a verdade e praticar a virtude. Muitos pagãos praticam virtudes naturais da justiça, temperança e prudência; os cristãos devem pensar nisso assim como na “nova lei” de amor a Deus e ao próximo³¹⁷”.

Intrinsecamente a busca pela salvação está voltada à preservação do Divino, portanto, à preservação do homem e, por conseguinte, à preservação da vida. Nesta esteira, o Cristianismo não rejeitou a ciência, apenas buscou a postura essencial de preservação da vida junto às descobertas científicas, mormente as descobertas de cunho medicinal.

“O Santo Padre na Enciclopédia *Evangelium Vitae* salienta que a Medicina, levada a cabo com grande empenho por investigadores e profissionais, encontra soluções cada vez mais eficazes. Resultados que antes eram totalmente impensáveis são hoje obtidos em favor da vida humana nascente e das pessoas que sofrem. Várias entidades e organizações estão atualmente empenhadas em levar aos países mais assolados pela miséria e por doenças crônicas os benefícios da medicina³¹⁸”.

No caso da ciência genômica, o Cristianismo a tem como favorável ao desenvolvimento da humanidade, sobretudo considera o PGH como facilitador para a cura de determinadas doenças. Mas também a tem como uma ferramenta perigosa, caso não seja

³¹⁴ O Cristianismo surgiu por meio do messias Jesus Cristo e seus discípulos em meio ao povo judeu. Seu ensinamento tem como preceitos basilares o amor ao próximo e a ressurreição de Jesus Cristo, sendo a Bíblia seu livro sagrado. BARBAS. *Op. cit.*, 2007.

³¹⁵ Os primeiros cristãos no mundo eram judeus que discordavam da tradição do Velho Testamento, pois acreditavam em Jesus Cristo como o novo messias judeu. REDHEAD, B. - *Pensamento Político*: de Platão à Otan. Rio de Janeiro: Imago, 1989.

³¹⁶ ALVES, C. F. - *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

³¹⁷ REDHEAD, B. - *Pensamento Político*: de Platão à Otan. Rio de Janeiro: Imago, 1989. p. 65.

³¹⁸ BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 108.

utilizada corretamente, já que pode ser nociva à prática do bem ao próximo, tendendo a ser instrumento para prática de eugenia e de racismo ou para a prática de eliminação da vida humana.

Além disso, o Cristianismo, por ter o Homem como fruto da criação divina, entendendo-o como espécie dominadora das outras espécies na Terra, assimila o DNA como uma afirmação de sua ideologia. Isso porque “a análise do DNA demonstra que todos os seres vivos carregam genomas que descendem, que são oriundos desse genoma primordial. Existe, assim, uma verdadeira unidade. Os seres vivos têm um genoma comum³¹⁹”. Tal fato revela a impactante maestria da criação divina.

Em 1993, o Papa João Paulo II, numa reunião na Pontifícia Academia para a Vida, destacou a importância do PGH, enaltecendo a equipe envolvida em tal empreitada científica. O Santo Padre ainda “chamou a atenção para os perigos da Medicina e deu particular ênfase às questões do consentimento informado, da privacidade e das eventuais pejorativas consequências da revelação dos resultados dos testes genéticos ao próprio ou a terceiros³²⁰”. Posteriormente, na IV Assembleia Geral da Pontifícia Academia para a Vida, o Santo Padre equiparou o genoma humano a um “novo continente do saber³²¹”.

Já acerca da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, promulgada pela Unesco em 1997, a Igreja ofereceu impressão favorável aos seguintes artigos:

- a) Artigo 6 – sobre os preceitos de combate à discriminação;
- b) Artigo 7 – sobre a confidencialidade de informações genéticas;
- c) Artigo 10 – sobre a eleição do ser humano como mais importante que a exploração científica;
- d) Artigo 16 – sobre a instituição de comitês éticos;
- e) Artigos 20 e 21 – sobre os programas do Estado para debates educativos e inclusão das impressões religiosas.

Porém, alguns artigos são tidos como insatisfatórios pelo Catolicismo:

- a) Artigo 1 – Faz entender que o genoma humano é responsável pelo fundamento da dignidade do homem, quando para os cristãos é a dignidade do homem e a unidade da família humana que conferem ao genoma a sua valoração;

³¹⁹ *Idem*, p. 109.

³²⁰ *Ibidem*, p. 111.

³²¹ *Ibidem*, p. 111.

b) Artigo 5 – Destaca que as pessoas têm o direito a ter ou não informação dos resultados dos testes genéticos, porém, segundo o Cristianismo, ficou faltando a especificação que este é um direito absoluto;

c) Artigo 12 – Considera que a liberdade de se investigar é resultado da liberdade de pensamento, mas para os preceitos do Cristianismo faltou incutir no conceito de investigação uma ampla liberdade, abrangendo a liberdade de consciência e de religião.

Ainda, ressaltando a incompletude da Declaração, o Cristianismo destaca que esta se restringiu ao genoma humano, o que fez com que não configurasse diretamente os titulares dos direitos que instituiu. Em outras palavras, para o Cristianismo deveriam restar especificados os titulares dos direitos como todos os seres humanos no instante da concepção, quando o patrimônio genético os torna indivíduos. Não há menção do embrião, o que sugere uma contradição na Declaração, pois implica que não há proteção a este, permitindo sua exploração em pesquisa científica e indo contra o conceito de preservação à vida, o que fere a dignidade humana. Vale aqui a ressalva de que o Cristianismo reconhece a vida a partir da concepção, momento em que o homem se torna um ser divino, colocando-se, portanto, contra a prática do aborto, seja por qual motivo for. Quanto à inseminação artificial, esta é vista como benéfica se for feita com material para fecundação de pessoas casadas, mas rejeitada quando feita com material obtido por doador fora do casamento.

Na segunda religião eleita para investigação, o Islamismo³²², há uma ambientação religiosa diferente do Cristianismo. Seu dogma, seu regime e seu culto advêm do livro sagrado, o Alcorão.

O Islamismo possui diferentes ramificações ideológicas, sendo as principais a xiita e a sunita³²³; esta última se estabelece com maioria entre os islâmicos. Para ambas as vertentes

³²² Trata-se de uma religião monoteísta, instituída pelo profeta Maomé (570-632) no século VII, para quem Deus revelou os ensinamentos por intermédio do anjo Gabriel, sendo estes transcritos no Alcorão, livro sagrado que expressa literalmente as palavras de Deus. RAMOS, R. C. - *O fundamentalismo Islâmico e o terrorismo: das origens ao desafio do século XXI*. Beira: Universidade Católica Portuguesa, 2012. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Governação e Relações Internacionais.

³²³ Os xiitas representam a corrente aberta que é fiel ao Corão, mas que o completa pelas contribuições dos sábios, pelo princípio da analogia e pelas adaptações exigidas pela mudança dos tempos. A revelação entregue ao Profeta continua através dos líderes religiosos – os imãs –, que gozam de grande prestígio, pois se crê que possuem uma iluminação divina especial para interpretar, sem erro, o Corão e apontar os caminhos seguros para os fiéis. Embora radicais, são a minoria islâmica e concentram-se especialmente no Afeganistão e no Irã. Os xiitas sustentam a posição de que aquele que representa o Profeta deve ser alguém da sua família. No caso, seria Ali, primo de Maomé, que se havia casado com a filha do profeta, Fátima. Ali e seu filho Husayn seriam martirizados. Os sunitas afirmam que “a liderança do Islamismo não é de carácter hereditário e, por isso, é independente dos familiares de Maomé. Consideram-na eletiva e o seu exercício caberá aos que assegurem a fidelidade à memória do profeta e tenham a capacidade de representar os interesses das tribos dominantes”. RAMOS. *Op. cit.*, 2012, p. 23.

ideológicas, o Alcorão determina o valor ímpar do homem, postura constatada no seguinte trecho:

“Oh homem! Nós criamos de um único (par) de um macho e uma fêmea, e vos fizemos como nações e tribos, e podeis conhecer uns aos outros. Sabei que o mais honrado, dentre vós, ante Deus, é o mais temente. Sabei que Deus é Sapientíssimo e está bem inteirado³²⁴”.

O Islamismo, em suas vertentes ideológicas principais, tem normas que complementam o Alcorão; são as leis expressas na sharia, texto que contém coleções de provérbios, ações e afirmações do profeta Maomé, que estabelece um sistema legal e uma postura ética.

Na ambientação teológica islâmica, a sharia representa “o caminho correto de ação determinado por Deus” e “(...) qualquer discussão de Ética Médica Islâmica deve incorporar a sharia³²⁵”. A sharia estabelece os debates islâmicos acerca do aborto, da eutanásia, dos cuidados de fim de vida e outros problemas biomédicos. Seu objetivo é proteger os cinco elementos essenciais da pessoa humana: vida, religião, inteligência, honra e integridade e prosperidade³²⁶.

Neste espectro doutrinário, as ações são boas porque Deus as comanda; portanto, Deus confere o padrão entre o certo e o errado, não há racionalização ou dedução humana (conforme o pensamento de Kant). Porém, há um contraponto, já que Deus tem por vontade estender-se a todas as áreas da vida e a cada campo de ação. Como a vontade de Deus é a finalidade da razão humana, o homem, na dependência da revelação, pode discernir regras e aplicá-las³²⁷.

Com base na doutrina do Alcorão e da sharia, estabeleceu-se a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, instituída em setembro de 1981:

“A vida humana é sagrada e inviolável, e todo esforço deverá ser feito para protegê-la. Em especial, ninguém será exposto a danos ou à morte, a não ser sob a autoridade da Lei. Assim como durante a vida, também depois da morte a santidade do corpo da pessoa será inviolável. É obrigação dos fiéis providenciar para que o corpo do morto seja tratado com a devida solenidade³²⁸”.

³²⁴ ZAHEDI, F.; LARIJANI, B. - *Medical genetic ethics, Islamic views and considerations*. in IRAN. D. v. 14, n. 1, p. 48-55, jan./2006. p. 51.

³²⁵ PADELA, A. I. - Islamic Medical Ethics. *Bioethics*, v. 21, n. 3, p. 169-178, 2007. p. 171.

³²⁶ *Idem*, p. 171.

³²⁷ *Ibidem*, p. 171.

³²⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Setembro de 1981. Tradução Mônica Muniz. [Em linha]. [Consult. 11 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>.

É em tal contexto dogmático islâmico que se julga a ciência, tida como benéfica ao ser humano. No caso da ciência genômica, há uma observação interessante: “para alguns mulçumanos, as descobertas no domínio do genoma humano já se encontravam previstas no Alcorão. Há uma passagem no Livro Sagrado que diz que o ser humano necessita procurar cada vez mais a si mesmo³²⁹”.

Porém, o Islamismo incute algumas restrições no caso da ciência genômica, assim como ocorre no Cristianismo. Para o Islamismo, o uso da ciência genômica deve ser voltado unicamente a fins terapêuticos, não devendo ter qualquer propósito destrutivo. Isso significa que a assessoria feita para casos de doenças é bem-vinda; já a terapia genética com efeito futuro tem limitações, como, por exemplo:

- 1) a eugenia não pode ser executada;
- 2) cirurgias para tratar doença congênita ou deformidades adquiridas para restaurar a forma normal ou função de um órgão também não são permitidas;
- 3) escolha de sexo não é aceitável, exceto por razões médicas em doenças relacionadas com o gênero; e
- 4) a clonagem humana reprodutiva é proibida; já a investigação sobre células e clonagem para fins terapêuticos é admissível com plena consideração e todas as precauções possíveis na pré-infusão da alma nos estágios de desenvolvimento do feto³³⁰.

Vale a ressalva de que o Islamismo não admite a prática do aborto eletivo; só o permite por meio de indicação terapêutica antes dos 120 dias de gestação, quando a saúde ou a vida da mãe está em perigo pela gravidez. E, ainda, só aceita a fertilização *in vitro* feita por pessoas casadas; o material genético vindo de fora do casamento é proibido³³¹.

Na terceira e última religião eleita para a investigação, o Judaísmo, há uma ambientação religiosa que difere das anteriores. Seu dogma, seu regime e seu culto advêm do livro intitulado Torá³³². Tida como a primeira religião monoteísta da História, tem por princípio que Deus é o criador de toda a existência, sendo único, eterno e abstrato^{333 334}.

³²⁹ BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 120.

³³⁰ PADELA. *Op. cit.*, 2007, p. 171.

³³¹ EICH, T - *Sharia Versus Genetic Engineering? Humboldt Kosmos Foundation*. 2015. [Em linha]. [Consult. 21 de março de 2015]. Disponível em <https://www.humboldt-foundation.de/web/kosmos-humboldtians-in-focus-92-2.html>.

³³² A Torá é um texto que engloba os cinco primeiros livros da Bíblia, que relata a jornada do povo judaico e a revelação de Deus, estruturada cerca de 900 a.C. por patriarcas, profetas e salmistas, com destaque para Moisés. BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 120.

³³³ ARQUES, L. A. - *História das Religiões e a Dialética do Sagrado*. São Paulo: Madras, 2005.

³³⁴ Abraão foi quem guiou o povo hebreu na busca pela terra prometida, seguindo a orientação de Deus; chegou a Canaã (atual Israel) cerca de 1850 a.C. Neto de Abraão, Jacob tem 12 filhos, que originam 12 tribos e estabelecem o povo judeu. Cerca de 1700 a.C., o povo judeu migra para o Egito, tornando-se escravo dos faraós

O Judaísmo entende que o ser humano é livre para fazer escolhas, devendo, através de sua vontade, fazer escolhas morais, ou seja, tem livre-arbítrio para escolher entre o bem e o mal. Nesta conjuntura, o ser humano é racional (conforme percepção de Kant) e responsável por suas ações. Assim, o Judaísmo encara a Ciência como instrumento benéfico no aprimoramento da humanidade, já que a racionalização humana foi dada por Deus, justamente para que o homem tenha domínio sobre o mundo, transformando a Terra e seus produtos para fins humanos. Para tanto, o homem pode fazer uso de animais, mediante “o domínio sobre os peixes, sobre as aves e sobre todos os seres vivos na terra” (Gênesis 1, 28)³³⁵.

Para o Judaísmo, tudo que Deus colocou na Terra foi para servir à humanidade. Neste contexto, sanciona-se o uso de animais em experimentos de laboratório ou em clonagem, utilizações válidas para beneficiar a humanidade, sobretudo em casos de cura de doenças. A inseminação *in vitro* também é aceita, porém, só quando feita por pessoas casadas. Dessa forma, a ciência genética tem seu uso aceito, sobretudo em atuação terapêutica, não havendo violação da Torá, pois não se está minando a criação do mundo de Deus através da manipulação da natureza, apenas há uma confirmação da criação do mundo.

Todavia, o uso do genoma humano sofre restrições em casos como:

- “a) perturbar a ordem natural com manipulação humana através da clonagem ou voltada para a eugenia³³⁶, postura científica considerada arrogante e perigosa;
- b) violação da privacidade, pois na Torá são enaltecidos os acordos que impedem invasões indesejadas³³⁷”.

Segundo Barbas, são muitos os rabinos que aceitam o “mapeamento genético dos genes, desde que este vise ao bem da humanidade. O Judaísmo afirma que Deus e os homens são parceiros na criação do mundo. O homem deve usar as capacidades que Deus lhe deu para tentar curar as enfermidades”. Porém, as investigações sobre o genoma devem ter sempre presente que é indispensável respeitar os direitos humanos, bem como “a dignidade das pessoas e não originarem uma nova forma de discriminação baseada em características genéticas³³⁸”.

por cerca de 400 anos. Cerca de 1300 a.C. acontece a libertação do povo judeu, havendo a fuga liderada por Moisés, que recebeu as tábuas com os Dez Mandamentos no monte Sinai. Após 40 anos de peregrinação, o povo judeu segue orientação de Deus e retorna para Canaã. ARAQUES. *Op. cit.*, 2005.

³³⁵ ROSNER, F. - *The Genome Project and Jewish Law. My Jewish Learning*, Fev./2009. [Em linha]. [Consult. 12 de março de 2015]. Disponível em <http://www.myjewishlearning.com/article/the-genome-project-and-jewish-law/2>.

³³⁶ Os judeus sofreram violações de direitos humanos devido às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, motivadas por preceitos de eugenia.

³³⁷ ROSNER, F. *Op. cit.*, 2009.

³³⁸ BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 122.

Além disso, destaca-se que o aborto não é permitido no Judaísmo, porém sua realização não é considerada homicídio. Também no Judaísmo, como no Islamismo, existe exceção para se efetivar o aborto, isso quando o feto ou a gestação puderem acarretar risco de vida para a mãe. Quando há problema congênito grave no feto, existe polêmica no Judaísmo acerca da prática do aborto. O uso do sequenciamento genético é bem-visto para se evitar a prática do aborto, como, por exemplo, para varredura da doença congênita comum entre os judeus (Tay Sachs); “nos EUA mais de 70 mil pessoas foram rastreados para o gene Tay Sachs, e mais de 100 casais foram aconselhados a não se casar ou a não ter não ter filhos³³⁹”.

Constata-se, dessa maneira, que as três religiões, Cristianismo, Islamismo e Judaísmo, incorporaram a ciência genômica às suas doutrinas. Contudo, essas religiões assinalaram ressalvas acerca de situações consideradas nocivas ao ser humano, situações que ferem a condução da preservação do ser humano no caminho de salvação espiritual. Logo, há nelas religiões uma harmonização de seus preceitos com a Ciência.

3.2 EUGENIA

O termo eugenia foi aplicado como terminologia por Galton *apud* Watson³⁴⁰, restringindo-se ao uso da conceituação “de boa origem”. De início, visando à prosperidade agrícola, e posteriormente estabelecendo o ideal de evolução humana controlada. Seu uso tomou maior notoriedade no decorrer da Segunda Guerra Mundial, quando houve a adoção do preceito político da Alemanha nazista de impor a existência de uma raça pura, a ariana.

Decerto, ao longo do tempo, o racismo também se vinculou à eugenia, haja vista o uso do *apartheid* na África do Sul por mais de cinco décadas, e outros movimentos de segregação humana. A associação do nazismo e do racismo ao termo eugenia fez com que este adquirisse uma conotação ruim. Mesmo com sua carga de negatividade, o termo eugenia adentrou os debates socioculturais mundiais, com novas interpretações advindas do uso das terapias genéticas.

As novas possibilidades de terapia genética, geradas pelas células tronco e pela inseminação *in vitro*, implicaram um novo comportamento sociocultural que confronta a concepção natural do ser humano. Isso porque o uso da engenharia genética revela uma

³³⁹ JUDAISM AND GENETIC ENGINEERING - *Religions* BBC, 21/07/2009. [Em linha]. [Consult. 12 de março de 2015]. Disponível em http://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/genetic_1.shtml.

³⁴⁰ WATSON, J. D. - *DNA: o segredo da vida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 97.

situação trans-humana, que acaba por colocar em discussão a unicidade do ser humano. Neste contexto, a engenharia genética ultrapassa os parâmetros da existência natural humana³⁴¹.

Oliveira e Hammerschmidt esclarecem que:

“Com a aparição da biotecnologia da engenharia genética e, em particular, com as técnicas de reprodução humana assistida, surge a necessidade de reformular o conceito “clássico” de eugenia e reapresentá-lo em outros termos. É o que se conhece como neoeugenia. É preciso salientar, nesse ponto, que a neoeugenia tem à sua disposição poderosos meios da biotecnologia da engenharia genéticos que proporcionam um conhecimento, cada vez mais amplo e preciso sobre o genoma humano da espécie e dos indivíduos. Ressalve-se que tal conhecimento não diz respeito somente a enfermidades orgânicas, mas também a enfermidades mentais, a comportamentos considerados desviados, a atitudes, a habilidades e carências³⁴²”.

Segundo Habermas³⁴³, a variância dos recursos genéticos na instrumentalização do físico do ser humano debela suas qualidades próprias, originais. O autor sugere ser prudente estabelecer uma diferenciação entre a dignidade humana e a dignidade da vida, numa postura de autocompreensão sobre indivíduos pertencentes à mesma espécie.

Assim, elege como dignidade humana o âmbito moral e jurídico, presente nas relações entre indivíduos, os quais possuem direitos e deveres. Dessa maneira, a dignidade humana se estabelece em acordos ou normas, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, a dignidade humana, em ambiente de coletividade concreto, se estabelece por meio de acordos morais entre os indivíduos, os quais postulam relações sociais simétricas e responsáveis. Por outro lado, há na dignidade da vida humana uma maior abrangência que a contida nos acordos morais entre os indivíduos, pois engloba o ser humano ainda em formação, num estágio pessoal inicial, e, também, em situações em que a vida se dissipou. Assim, a dignidade da vida humana se estabelece antes da concepção dos acordos morais entre os indivíduos, abarcando uma dignidade própria, sendo esta não tão específica como a dignidade humana, porém com maior espectro interpretativo acerca da vida humana.

A autocompreensão, advinda da distinção entre a dignidade humana e a dignidade da vida humana, faz surgir a reflexão sobre a liberdade inerente ao ser humano, já que a instrumentalização genética do corpo humano a fere. Isso porque, conforme Habermas, “[...] a tecnicização da natureza humana altera a autocompreensão ética da espécie de tal modo que

³⁴¹ SANTOS, L. G. - Tecnologia e seleção: Variações sobre o futuro do humano. In MARTINS, H.; GARCIA, J. L. (orgs.). *Dilemas da Civilização Tecnológica*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003.

³⁴² OLIVEIRA, J. S.; HAMMERSCHMIDT, D. - Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 176-190, 2008. p. 178.

³⁴³ HABERMAS, J. - *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 57.

não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos³⁴⁴”.

Tal intimidação da liberdade natural do ser humano oferece ambientação para a prática de seletividade humana através de novo formato de eugenia, diferente do formato de eugenia nazista, que era de ordem política, pois agora se trata da seletividade numa eugenia liberal (ou neoeugenia). Esta eugenia liberal possibilita rumos desejados para a espécie humana, pois a necessidade de prática terapêutica ou o anseio de aperfeiçoamento repercutem nas alterações genéticas de ser humano. Assim, quando um ser é concebido com alterações genéticas, não detém unicidade em sua trajetória de vida pessoal. Ao se fixar um rumo irreversível na concepção de um ser humano, estabelecem-se intenções ou desejos de terceiros, imbuindo suas rejeições e estabelecendo vínculo destes ao novo ser, o qual fica impedido “[...] de se compreender como autor único de sua própria vida³⁴⁵”.

Nesta conjuntura da engenharia genética, a eugenia liberal abre espaço para a prática da instrumentalização do ser humano ainda não nascido, utilizando, para tanto, argumentações terapêuticas diversas, tais como: tratar ou evitar doença com antecedência, combater uma malformação, determinar características físicas e usar nova concepção de feto (células tronco) para salvar uma vida em risco.

Além da profundidade filosófica da autocompreensão da dignidade da vida humana, que, de acordo com Habermas³⁴⁶, pode ser lesada pela ciência genética que incute a perda da unicidade do ser humano manipulado geneticamente, ferindo sua liberdade e sua igualdade original, existem outros olhares interpretativos para a eugenia liberal. Estes, mais condescendentes, calcados no fundamento mais estreito da dignidade humana.

Para Santos³⁴⁷, a eugenia liberal pode apresentar matizes positivos e negativos, motivo pelo qual a Unesco incorporou em suas Declarações a coibição de práticas contrárias à preservação dos direitos humanos. Nesta esteira, o genoma humano figura normativamente como essência do ser humano, ou mesmo como sua intimidade, pertencendo, assim, aos direitos da personalidade. Logo, o genoma humano possui proteção normativa de ordem qualitativa, já que conforma a representatividade da espécie humana.

O lado positivo consiste na possibilidade de preservação da espécie humana por meio da manipulação genética, evitando as doenças genéticas, na busca por uma qualidade superior

³⁴⁴ *Idem*, p. 57.n

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 88.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 88.

³⁴⁷ SANTOS. *Op. cit.*, 2003.

de vida. Ainda que o ser humano tenha sido manipulado geneticamente, com interferências realizadas por terceiros em sua unidade original, pode auferir bem-estar futuro, com a prevenção de doenças variadas, inclusive aquelas que ofereçam iminência de morte.

Já o lado negativo é concernente à interferência na eliminação de defeitos genéticos. Neste caso, os indivíduos, por meio de sequenciamento genético, constatarem possuírem genes defeituosos e evitam ter filhos, impedindo o nascimento de filhos defeituosos ou com alguma síndrome incurável (Down e Patau)^{348 349}. “A discriminação de uma pessoa por uma condição genética preexistente, sobre a qual esse indivíduo não tem controle, caracteriza uma grande injustiça e, até mesmo, um grave gesto de desumanidade³⁵⁰”.

Conforme Oliveira e Hammerschmidt,

“Cumpra-se notar que se costuma distinguir entre os dois tipos de eugenia, em função da finalidade a que esteja destinada: eugenia negativa, que é aquela destinada à eliminação (por meio do aborto, do emprego de métodos anticonceptivos ou morte de recém-nascido) de descendência não desejada, que padeça de graves malformações; e a eugenia positiva, que é destinada à seleção de algumas características fisiológicas desejadas³⁵¹”.

Segundo Watson³⁵², a eugenia negativa requer a ponderação sobre o uso da terapia genética, pois a condução da essência humana pode transformar o ser humano em mercadoria, colocando-o numa situação de controle de qualidade, ao se buscar os seres perfeitos. Assim, esse autor afirma que deter o poder de manipulação do genoma humano na contemporaneidade institui um tipo de poder: o biopoder.

De acordo com Vieira³⁵³, deve-se adotar a eugenia apenas em seu viés positivo, evitando o seu viés negativo, posto ser ímpar para a humanidade o empenho na diminuição e na prevenção de doenças. Nesse caso, a eugenia positiva seria apenas um fio condutor ao bem-estar do ser humano, sem o prejuízo de terceiros³⁵⁴.

Por sua vez, Fachin³⁵⁵ alega que toda forma de eugenia (positiva e negativa) possui potencial de periculosidade. Isso porque a busca pela higiene social, adotando

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ VARGA, A. C. - *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 78.

³⁵⁰ POSELLA, L. - *Projeto de Lei n. 4.661, de 2001*. *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 22519-22520, 19 de maio de 2001. [Em linha]. [Consult. 16 de abril de 2015]. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19MAI2001.pdf#page=47>.

³⁵¹ OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT. *Op. cit.*, 2008, p. 178.

³⁵² WATSON. *Op. cit.*, 2005, p. 79.

³⁵³ VIEIRA, T. R. - *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: Consulex, 2006. p. 101.

³⁵⁴ No Brasil existe o Projeto de Lei 4.661, de 2001, ainda não efetivado, que ressalta o perigo de a engenharia genética ser usada como forma de discriminação ou comércio, enfatizando a possibilidade de existência de eugenia negativa. POSELLA. *Op. cit.*, 2001.

³⁵⁵ FACHIN, L. E. - Discriminação por motivos genéticos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 36, p. 209-219, 2001. p. 209-219.

aconselhamento genético para se procriar naturalmente ou fazer inseminação artificial com escolhas genéticas, gera uma seleção humana assentada na Ciência. Portanto, a escolha no ambiente reprodutivo humano pode ser interpretada como eugenia negativa, e não positiva, já que se torna uma seleção humana, “uma vez que não é possível manufaturar seres humanos por meio de preciosas informações catalogadas³⁵⁶”.

Na paisagem eugênica contemporânea há um vasto campo para interpretações atravessadas por dualidade (eugenia positiva ou negativa) ou unicidade (somente negativa). Todavia, seja qual for a interpretação acerca da eugenia, quando esta se traduz em uma situação de discriminação, não há como negar sua nocividade ao ser humano, porquanto enfraquece o respeito ao princípio da dignidade humana.

Nesta esteira, a eugenia positiva, encoberta pelo avanço científico em prol da preservação humana, pode ser tida como discriminatória, tal como discriminações feitas no passado e repudiadas pela sociedade contemporânea (holocausto, *apartheid*, extermínio suave etc.). Cabe aqui a apreciação da máxima de Martins *apud* Fachin³⁵⁷, sobre o efeito discriminatório da eugenia: “o passado que se esconde, e às vezes se esconde mal, por trás das aparências do moderno”.

3.3 DISCRIMINAÇÃO

A discriminação pode ser considerada através de duas interpretações, uma tendo-a como positiva e a outra, não. A discriminação positiva vincula-se à diferenciação entre seres humanos, voltada a favorecer determinado grupo de pessoas com certa vulnerabilidade na interação com a sociedade (portadores de deficiência física, da terceira idade, crianças, entre outros). Estes indivíduos, em especial, necessitam de uma discriminação positiva para a proteção de suas vidas. Todavia, existe a discriminação negativa, que fere o princípio de justiça, pilar da ordem social, que prima pela manutenção da igualdade de dignidade humana³⁵⁸. Tal discriminação resulta em desvalorização ou isolamento daqueles a que se destina³⁵⁹.

³⁵⁶ *Idem*, p. 210.

³⁵⁷ FACHIN. *Op. cit.*, 2001, p. 214.

³⁵⁸ BESSA, M. R. R. - *A densificação dos princípios da bioética em Portugal Estudo de caso: a atuação do CNECV*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito: Ciências Jurídico-Políticas.

³⁵⁹ MYSZCZUK, A. P.; MEIRELLES, J. M. - testes genéticos, eugenia e contrato do trabalho: análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. *Anais. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 1.117-1.220. São Paulo: CONPEDI, 2009.

Para Bobbio³⁶⁰, a igualdade entre indivíduos é um princípio que, quando não respeitado, traduz-se na prática da discriminação danosa ao ser humano (discriminação negativa), a qual se apoia em três aspectos distintos. O primeiro, calcado em características discriminatórias dos tipos cor da pele ou gênero. O segundo, estabelecido por aspectos culturais e sociais discriminatórios, tais como religião, classe social ou nacionalidade. O terceiro, gerado por situações jurídicas discriminatórias, como situação de estado jurídico ou civil.

Camargo complementa:

“[...] a pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua capacidade de inteligência e possibilidade de exercício involuntário do Estado na realização de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia-se do ser irracional. Essas características mostram um valor social diferenciado e fazem do homem não somente um ser existente, e sim indivíduo de domínio próprio sobre sua vida, sendo a raiz da dignidade humana. Assim, todo ser humano, pelo simples fato de existir e poder exercer sua vontade, traz *status* superior à raça humana, se comparado aos demais seres vivos³⁶¹”.

O domínio sobre a própria vida faz com que o ser humano, por sua racionalidade, exerça suas vontades, as quais podem repercutir socialmente de forma boa ou ruim; neste último caso encontram-se os comportamentos discriminatórios negativos.

Coutinho assim explica o ato de discriminar:

“O ato ou ação de discriminar, isto é, de distinguir, de desigualar, de fazer diferença, de segregar, pôr à parte por intolerância, xenofobia ou preconceito, seria discriminação, um fenômeno eminentemente social, que guarda conotação de desvalor, por provocar desigualdades entre pessoas ou grupos sociais. A discriminação estaria fundada em ideias preconcebidas que resultariam por levar à posição de inferioridade as pessoas ou grupos atingidos. Nesse sentido, entende-se discriminação como um tratamento desequiparador que decorre de preferência ilógica, fundada em características de sexo, raça, cor, etnia, religião, origem e idade³⁶²”.

Na contemporaneidade, este espectro discriminatório se ampliou, pois a discriminação genética foi incorporada, tornando-se prática negativa e lesionando o princípio de igualdade.

Segundo Oliveira e Hammerschmidt,

“Os avanços da investigação genética permitem antecipar, em menor ou maior medida, a probabilidade de que uma pessoa desenvolva determinada enfermidade. O uso que a sociedade pode fazer, da referida informação, abre muitas portas, as quais em sua maioria são positivas, como o é, a possibilidade de identificação, prevenção e cura de enfermidades hereditárias, porém outras são de caráter negativo, com a

³⁶⁰ BOBBIO, N. - *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988. p. 48.

³⁶¹ CAMARGO, C. - *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias: 1994. p. 27-28.

³⁶² COUTINHO, M. L. - *Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e a promoção de igualdade de oportunidades*. Brasília: OIT, 2005. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf. p. 13.

possível discriminação pelo seu uso, a chamada discriminação genética. Nessa linha, diz-se que algumas discriminações atentam não somente contra o princípio da igualdade, mas também contra o da dignidade³⁶³.

Assim, a potencialidade da ciência genômica em eleger diferença necessita de supervisão, a fim de que não se torne um meio de exclusão gerador de discriminação negativa.

Para Fachin, a diferenciação do ser humano pode ocorrer quando “a eleição dos dotados em grau melhor, ou a exclusão dos malformados, sugere o controle que remete a uma suposta qualidade das raças, sendo a seleção de embriões um exemplo³⁶⁴”.

Dessa maneira, a discriminação genética cinge-se ao reconhecimento dos direitos vinculados à raça humana. Tanto que a Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos, estabelecida pela Unesco em 1997, institui proibição à prática discriminatória com base em características genéticas (artigo 6)³⁶⁵.

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, proclamada pela UNESCO em 2004, inscreve em seu artigo 7 a necessidade de coibir a prática discriminatória de ordem genética, evitando a estigmatização de um indivíduo ou de grupos (familiares ou não)^{366 367}. Ainda, a Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina, proferida pelo Conselho da Europa em 1999, destacou em seu artigo 11 a proibição à discriminação feita em virtude de patrimônio genético³⁶⁸.

Todo ordenamento normativo internacional visa coibir a prática discriminatória negativa com base nas informações genéticas do ser humano. Isso significa um pleno reconhecimento dos Estados membros da Unesco de que as informações genéticas podem gerar efeito discriminatório, gerando diferenciação de indivíduo ou de grupos (familiares ou não), a qual pode resultar em injustiça social³⁶⁹.

³⁶³ OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT. *Op. cit.*, 2008, p. 186.

³⁶⁴ FACHIN. *Op. cit.*, 2001, p. 215.

³⁶⁵ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Tradução Regina Coeli. 1997. [Em linha]. [Consult. 10 de maio de 2015]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

³⁶⁶ UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Internacional Sobre Dados Genéticos Humanos*. Tradução Comissão da UNESCO Portugal. 2004. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf.

³⁶⁷ Ambos os artigos citados no parágrafo apresentam-se na íntegra no terceiro capítulo do presente estudo, precisamente no subitem “3.4 Normatização Internacional”.

³⁶⁸ SILVA, M. P. - *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997. p. 11.

³⁶⁹ MIRALLES, A. A. - *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 35.

Logo, quando se elege uma diferenciação genética, colocada de maneira rigorosa, pode-se criar efeito discriminatório, não só em termos de seleção de embriões, pois se pode eleger diferenciação também por meio de exame de sequenciamento genético.

Em um exame de sequenciamento genético podem surgir diferentes tipos de efeito discriminatório, como, por exemplo:

- a) em indivíduo propenso a desenvolver algum tipo de doença, sofrendo ele diferenciação mesmo antes de desenvolver a doença contida em seu genótipo;
- b) em feto propenso a desenvolver alguma síndrome ou doença incurável, sofrendo ele diferenciação que culmina num aborto eletivo por informação genética, suprimindo sua possibilidade de nascer.

Nas conjecturas citadas, são forjados ambientes para a criação de castas sociais devido à predisposição genética³⁷⁰. Tal fato corrobora a diferenciação ou a preferência entre seres humanos, gerando desigualdade social.

Coutinho esclarece:

“Somente quando a preferência por pessoas ou grupos sociais é fundada em critérios irrelevantes que impedem a igualdade de direitos de se confirmar, essa situação configura-se antijurídica, porque vai de encontro aos valores constitucionais. A discriminação, assim entendida, é uma conduta que interfere de forma negativa nos direitos das pessoas, impedindo-as, por razões injustificadas, de exercer plenamente o direito à igualdade de oportunidades³⁷¹”.

Decerto, caso não se use a informação genética como ferramenta na busca pelo bem-estar humano, para debelar doenças, esta se tornará um banco de dados perigoso, a servir como um ambiente fecundo para a prática discriminatória. Um banco de dados genético de determinado conjunto de indivíduos pode afetar individualmente a vida de cada indivíduo, com possibilidade de disseminação de dados via tecnologia da informação.

“A informação genética oriunda dos dados genéticos, dados proteômicos e mostras biológicas humanas constitui uma informação que, indo além do conhecimento, desnuda a pessoa humana, porque revela o mais íntimo de sua essência: a constituição genética ou genoma individual sua e de sua família³⁷²”.

Esse desnudamento da intimidade humana, gerado pelas informações genéticas, amplia a esfera da prática discriminatória, repercutindo não só no ambiente das relações sociais, como também no ambiente das relações profissionais.

No ambiente empregatício do passado (e, por vezes, ainda no do presente), algumas das determinantes da escolha de candidato a emprego eram: cor da pele, sexo, etnia, religião

³⁷⁰ OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT. *Op. cit.*, 2008, p. 189.

³⁷¹ COUTINHO. *Op. cit.*, 2005, p.13

³⁷² OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT. *Op. cit.*, 2008, p. 189.

ou número de filhos. Atualmente, acrescenta-se como determinante do recrutamento do candidato a emprego suas informações genéticas, interpretadas até como um *curriculum vitae*, que pode levar à exclusão da prática profissional³⁷³.

Neste contexto empregatício, a eleição feita pela empresa do perfil de bom candidato, que tenha as qualidades genéticas tidas como perfeitas, pode gerar interpretação de inaptidão aos demais candidatos. Em ambiente extremo, o perfil de bom candidato poderia resultar na eleição de indivíduos do tipo hiperprodutivos, e isso geraria uma seleção que implicaria um ostracismo profissional para pessoas com saúde no presente, mas com perfil genético de doença para o futuro.

Para Hammerschmidt, diferenciar geneticamente candidatos a emprego é relevante para o empregador, já que reduz

“[...] os custos derivados de enfermidades potenciais futuras de seus trabalhadores, tanto no que se refere à atividade produtiva em si mesma, quanto às responsabilidades por acidentes originários de seus trabalhadores, além da repercussão contributiva por baixas trabalhistas e aposentadorias antecipadas por enfermidade³⁷⁴”.

Neste ambiente de diferenciação há nitidamente uma conjuntura propícia à discriminação genética entre um trabalhador tido como enfermo e outro tido como são, conforme explicam Myszczyk e Meirelles³⁷⁵:

“As informações genéticas da pessoa do trabalhador não podem estar indiscriminadamente disponíveis ao empregador. A obtenção destas informações suscita problemas tanto em reação ao acesso, como para sua utilização. Há que se saber quem, sob quais circunstâncias e com quais objetivos pré-fixados poder-se-á realizar exames genéticos, obter-se amostras biológicas, permitir-se o acesso à informação resultante da análise genética, determinar-se para quem estes resultados poderão ser comunicados e quais medidas de proteção às informações serão adotadas³⁷⁶”.

Goulart *et al.* sintetizam assim a problemática da discriminação genética:

“É preciso fazer uma reflexão sobre como essas informações do genoma humano serão utilizadas. Se para um melhor aprimoramento da medicina e, com isso, uma melhora no diagnóstico e tratamento da população, ou se essas informações serão usadas como uma forma de discriminação da população em geral, podendo até provocar uma nova eugenia. O grande desafio é decidir o que a humanidade pretende em relação a este gigantesco salto que, se por um lado acena com possibilidades terapêuticas inimagináveis, por outro exibe um terrível potencial de desestruturação social, provocando mudanças extraordinárias em sua organização e possibilitando a ação de verdadeiros marginais da ciência, que poderão criar legiões de seres humanos com os mais diversos objetivos, nem todos dignos³⁷⁷”.

³⁷³ MYSZCZUK; MEIRELLES. *Op. cit.*, 2009, p. 1184.

³⁷⁴ HAMMERSCHMIDT, D. - *Intimidade genética & direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 175.

³⁷⁵ MYSZCZUK; MEIRELLES. *Op. cit.*, 2009, p. 1184.

³⁷⁶ *Idem*, p. 1.184.

³⁷⁷ GOULART, M. C. V.; *et al.* - Manipulação do genoma humano: ética e direito. Manipulation of the human genome: ethics and law. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, Supl. 1, p.1.709-1.713, 2010. p. 1.712.

Por certo, a ciência genômica não prima pela prática da discriminação negativa, porém tem potencial para tanto. Tal fato vincula a ciência genômica à insegurança, sobretudo a insegurança sobre a forma de manuseio da informação genética, havendo assim um receio intrínseco de seu potencial para a prática discriminatória, seja nas relações pessoais, seja nas relações profissionais³⁷⁸.

Contudo, como se demonstrou, em que pesem os diferentes matizes religiosos, não se vê com acentuada densidade uma discriminação no aceite dos avanços trazidos pelo estudo do genoma humano.

3.4 ANÁLISE DO CAPÍTULO

Criar explicações sobre a vida é algo complexo, pois transpassa a completude física do homem e abrange também sua racionalização, a qual rege seus diferentes comportamentos na incessante busca pela autopreservação na Terra. A racionalização humana engloba tanto preceitos de ordem científica como de ordem espiritual. Nesta esteira é que se estabelecem os saberes da matéria envoltos nas descobertas científicas, assim como os saberes do espírito vinculados às religiões.

Os saberes científicos foram destacados no capítulo anterior, quando tecido o relato sobre a evolução científica até o alcance do PGH. Mesmo havendo uma tendência de ceticismo religioso devido à racionalização científica, o homem não abandonou por completo seus saberes espirituais vinculados às religiões. As descobertas científicas foram fruto de avaliação pelas religiões. E, como não poderia deixar de ser, o PGH também o foi.

Este capítulo abordou posicionamentos acerca do uso científico do genoma humano, elegendo, para tanto, pareceres das três principais religiões monoteístas do mundo, a saber, o Cristianismo, o Islamismo e o Judaísmo. No cômputo geral, todas as religiões, mesmo com doutrinas distintas, são favoráveis às ações para a preservação da vida, revelando-se abertas ao uso do genoma humano como ferramenta para a prevenção e a cura de doenças. Todas se posicionam contra a eugenia, a clonagem humana e a discriminação em contexto genético. Ainda, as religiões se posicionam contra a prática do aborto – no contexto do Catolicismo, sem exceções, e no contexto do Islamismo e Judaísmo, aberto a exceções em circunstâncias de risco para a mãe. No Judaísmo o aborto não é considerado homicídio. No caso da inseminação artificial, as religiões se mostram favoráveis, desde que o material genético provenha de indivíduos casados.

³⁷⁸ HAMMERSCHMIDT, D. - *Intimidade Genética & Direitos da Personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 11.

Refutadas pelas religiões, a eugenia e a discriminação são efeitos que podem surgir em ambiente de informações genéticas. A eugenia consiste num processo de seletividade humana outrora combatida, com vínculo nos preceitos do nazismo e do *apartheid*, que passou a ter campo fecundo na engenharia genética, repaginando-se com a nova denominação de eugenia liberal.

O ideário de aperfeiçoamento genético, por meio da instrumentalização do ser humano ainda não nascido, encontrou na engenharia genética terapêuticas diversas, tais como: tratar ou evitar doença com antecedência, combater uma malformação, determinar características físicas e usar nova concepção de feto (células tronco) para salvar uma vida em risco.

Seu lado positivo seria a possibilidade de preservação da espécie humana, através da medicina preventiva. Já seu lado negativo seria a interferência para se criar seres humanos perfeitos geneticamente, tal qual uma mercadoria com qualidade, e, ainda, para se eliminar defeitos genéticos, ao se evitar conceber filhos ou fazer aborto devido a genes defeituosos ou quando portadores de alguma síndrome incurável. A negatividade da eugenia liberal repercute como postura discriminatória negativa, pois o gene passa a ser fator de triagem humana, desfavorecendo os portadores de genes deletérios. Pode-se destacar também como situação de discriminação negativa a não contratação de empregado por informações genéticas que indiquem doença no futuro.

Especialmente no caso do ambiente empregatício, a busca por um empregado de gene perfeito, ou a estruturação de um padrão genético predeterminado de empregado, pode engendrar discriminação no mercado de trabalho se o indivíduo não possuir as características ideais. Assim, o candidato a emprego com características genéticas não satisfatórias pode ter sua atuação profissional afetada negativamente pelo resto de sua vida, tornando-se refém de sua carga genética desfavorecida.

4. BIOÉTICA

Neste capítulo, a revisão literária da tese é dedicada ao exame de preceitos vinculados à bioética. Para tanto, a atenção volta-se para as particularidades relativas às concepções basilares e aos limites morais que abarcam o PGH.

4.1 A ÉTICA

A convivência social, em suas especificidades, envolve determinadas “coordenações comportamentais”. Em outras palavras, a convivência envolve a consideração do “EU” em relação ao “OUTRO” ou, mais especificamente, a consideração dos efeitos que determinada atitude do sujeito, o “EU”, provoca no “OUTRO”. Por isso, o vínculo do humano com o humano (ou com tudo que o cerca) é alçado ao centro dos estudos que versam sobre o que tem sido denominado de “ética”.

De acordo com Vázquez³⁷⁹, de um lado, tem-se os atos dos indivíduos; de outro, há o juízo dos demais indivíduos sobre tais atos. Um e outro são pautados por determinadas normas de conduta. Ao tecer uma reflexão sobre problemas prático-morais e sobre problemas éticos, o autor traça uma definição sobre ética (*ethos*), a saber, como a teoria ou a ciência observa o comportamento moral dos homens em sociedade, cuja função fundamental é explicar, esclarecer e/ou investigar uma determinada realidade moral.

Redefinições de conceitos e de perspectivas acompanham as transformações sociais, econômicas e culturais que se dão ao longo dos anos. Com a ética não é diferente. Mesmo nos dias atuais, sua compreensão passa pela formação do estudioso e pela consideração do contexto no qual está inserido.

Anteriormente aos pré-socráticos, na época denominada de naturalismo, a preocupação não se centrava no próprio homem, mas sim em seu entorno. No século V a.C., alguns pensadores buscaram organizar os problemas políticos e morais, para democratizar o espírito da vida pública na antiga Grécia, tal como os sofistas, que pregavam a arte de convencer pela argumentação.

Sócrates rejeitava o relativismo e o subjetivismo próprio dos sofistas e defendia o pensamento de uma ética racionalista, que pode ser sintetizada da seguinte forma: "o homem

³⁷⁹ VÁZQUEZ, A. S. - *Ética*. Tradução João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 72.

age retamente quando conhece o bem, e, conhecendo-o, não pode deixar de praticá-lo; por outro lado, aspirando ao bem, sente-se dono de si mesmo e, por conseguinte, feliz³⁸⁰”.

Já Platão pregava uma ética transcendente, a saber, a dualidade entre corpo e alma, com a superioridade da alma. Desprezava o trabalho físico e enaltecia aqueles que se dedicavam às atividades intelectuais. Em sua ética, não havia lugar para os escravos, pois pertenciam a uma classe desprovida de virtudes morais e direitos cívicos.

Para Aristóteles, a ética, diferentemente da perspectiva idealista e racionalista de Platão, era realista e empirista, e encontrava suas bases na realidade empírica, no questionamento sobre as condutas humana e na organização social.

Como indagação universal, a ética continua a percorrer a história do pensamento ocidental desde Aristóteles, adquirindo, ao longo dos séculos, diferentes configurações conceituais, todas referentes ao *modus vivendi* das sociedades em cada contexto; não é adstrita, portanto, a uma única concepção, mas assimila fatores históricos, sociais, culturais, políticos e econômicos, tanto na construção de juízos morais individuais como na organização social. Em suma, a evolução da ética acompanha a própria evolução humana.

Em seus estudos, realizados ao final dos anos 1960, Ellul considerava ser a técnica anterior à ciência, e anunciava que a partir dela tudo poderia ser feito. Para esse autor, a sociedade daquele momento não poderia ser comparada à sociedade precedente: “o ser humano não tem ponte de referência de ordem intelectual, moral e espiritual, a partir da qual pode julgar e criticar a técnica³⁸¹”.

Quarenta anos depois, em análise semelhante, mas levando em conta o grande avanço científico-tecnológico ocorrido a partir da década de 1970, Oliveira³⁸² caracterizou a sociedade contemporânea como fundamentalmente pluralista e individualista, construída a partir de um constante confronto entre diferentes cosmovisões, relativizados os valores de maneira difusa e banalizadas as decisões. Conforme esse autor, o contexto predominante impõe que a reflexão ética se realize sob a suspeita de que qualquer tentativa de fundamentação de normas universais engendra uma generalização indevida de uma determinada visão do mundo e de um determinado sistema parcial de valores.

Nesta perspectiva, a própria ética teria dificuldade de adquirir legitimidade em um ambiente provisório e passageiro. “Se há algo que caracteriza de forma incisiva o mundo

³⁸⁰ STRENGER, I. - *História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 1998. p. 49-57.

³⁸¹ ELLUL J. - *A Técnica e o Desafio do Século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. p. 352.

³⁸² OLIVEIRA, M. A. (Org.) - *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 7.

atual, é a desproporção entre a velocidade absurda do progresso científico e tecnológico e o vácuo ético que se formou a partir da negação dos sistemas tradicionais de valores³⁸³”.

Rauber³⁸⁴ reforça essa ideia ao afirmar que do avanço técnico-científico que perpassou todas as esferas do saber, adveio a necessidade de rever o agir moral humano, para que princípios que pudessem servir de fundamento ao agir correto e racional fossem estabelecidos. Em consequência, a ética tornou-se interdisciplinar e transversal, propagando-se por todas as áreas de atuação humana nas últimas décadas. Assim, seus dilemas reclamam ainda por fundamentos filosóficos, forjando um vasto campo de investigação.

Os filósofos contemporâneos buscam demonstrar que a ética atual exige fundamentos mais abrangentes, que não se encerram na prática de uma ou de outra regra. E mais, afirmam que a bioética é um campo apropriado para se repensar a ética, pois o material de reflexão desta seara experiencia uma profunda renovação.

Com base nos estudos de Hottois, entende-se que em relação à bioética,

“[...] o pluralismo das nossas sociedades tecnocientíficas estabelece a inexistência de qualquer fundamento comum, de qualquer argumentação capaz de conduzir todos os membros de tal sociedade a compartilhar as mesmas convicções sem constrangimento ou violência³⁸⁵”.

Ante os diversos problemas e a ausência de respostas do paradigma técnico-científico, a conscientização do homem contemporâneo é imperiosa. Para alcançar isso, o homem pode valer-se da bioética e estabelecer um novo parâmetro de análise para valores morais, normas e princípios ordenadores do avanço científico tecnológico, conformando, desse modo, uma fonte e um parâmetro de referência. Nesse sentido, a bioética, assim como a ética, direciona o olhar para questões formais, intentando tratar conflitos éticos e controvérsias morais concretas³⁸⁶.

Conforme Laudrière, a bioética não é apenas um saber, apesar de incluir aspectos cognitivos; apenas uma *expertise*, apesar de incluir experiência e intervenção; ou apenas uma deontologia, apesar de incluir aspectos normativos. Mais do que isso, a bioética é uma prática racional específica que coloca em movimento, simultaneamente, “*un saber, una experiencia y*

³⁸³ *Idem*, p. 7.

³⁸⁴ RAUBER, J. J. - *O Problema da Universalização em Ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Coleção de Filosofia, n. 104, 1999.

³⁸⁵ HOTTOIS, G. - *O Paradigma Bioético: uma ética para a tecnociência*. Trad. Paula Reis. Lisboa: Salamandra, 1992. p. 11.

³⁸⁶ BERTUCCI, S.; et al. - *Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil*. Argentina, 2012.

una competencia normativa, en un contexto particular del accionar que es definido por el prefijo ‘bio’³⁸⁷”.

4.2 PRECEITOS BASILARES DA BIOÉTICA

Há tempos foi observada a necessidade, para fins de preservar a sobrevivência do ecossistema, de desassociar a demanda do saber humanístico da demanda do saber científico, sendo necessário para tanto estabelecer um liame entre as culturas científica e humanística-moral.

O homem atém-se às suas descobertas científicas, fazendo-as indispensáveis à sua existência. O poder que é produzido pelo conhecimento científico, por meio da ação, acarreta efeitos no campo ético e pode levar até a diminuição da integridade (física ou psicológica) do homem e, com isso, até a instauração de uma relação de violência. Cardoso³⁸⁸ observa que não ocorre progresso sem um efeito moral. Para ele, o progresso é intrínseco à sociedade, mas sua adoção requer ponderação; para tanto, sugere uma abordagem analítica fundada nos direitos humanos.

Segundo Gandhi *apud* Albuquerque, “o que destrói o ser humano é a ciência sem humanidade³⁸⁹”. Logo, não há como deixar de estabelecer, junto à descoberta científica, a sua regulação por meio da ética que, conforme Rocha³⁹⁰, consiste no cruzamento dos preceitos de moral, de filosofia, de religião com os costumes da sociedade, pilares da conduta de convívio humano. Assim, é possível encontrar na ética o alicerce dos valores de uma sociedade, valores esses que ganham importância e respeito por meio da normatização, a estabelecer a organização de conduta social para disciplinar as relações sociais, evitando atitudes nocivas ao homem. *A contrario sensu*, o desequilíbrio ético é concebido, em uma descoberta científica, quando esta, livremente, influencia ou gera algum tipo de domínio ou impacto lesivo ao homem.

A ética e a ciência devem estar em consonância, o que configura um grande desafio a cada nova descoberta científica. Em 1834 já havia um ensaio filosófico, escrito por Jeremy Bentham, que indicava a importância da boa relação entre ética e ciência na conduta do profissional médico, tida como ramo da filosofia denominado deontologia ou ciência do

³⁸⁷ LADRIÈRE, J. - *Del sentido de la bioética*. Acta Bioethica. Año VI, nº 2, 2000, p. 201.

³⁸⁸ CARDOSO, C. M. - Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência e Educação*, v. 5, n. 1, p. 1-6, 1998.

³⁸⁹ ALBUQUERQUE, B. P. - *As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental*. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007. p. 80.

³⁹⁰ ROCHA, A. S. - *Ética, Deontologia e Responsabilidade Social*. Lisboa: Grupo Editorial Vida Econômica, 2010, p. 101.

dever³⁹¹. Rui Nunes afirma que a deontologia deve ser vista “como um conjunto de deveres inerentes ao exercício profissional³⁹²”.

Na época em apreço, restou consignado que havia a necessidade de confrontar a ética tradicional, já que tal modelo era inoperante e inócuo diante das indagações filosóficas sobre as novas realidades sociais e científicas. A deontologia, distinta de uma prática estritamente profissional, construiu uma reflexão que se ocupou da discussão filosófica sobre a existência do ser humano no mundo, e não somente do debate técnico-instrumental das formas de vida. A bioética transformou-se no pilar da nova ética, contribuindo para que um novo padrão moral fosse colocado em pauta e compartilhado entre os indivíduos.

O pensamento sobre a relação entre a ética e a conduta em ambiente científico restou institucionalizado ao longo da segunda metade do século XX, sendo fruto de um contexto histórico-social específico, quando, no universo da medicina, foi instaurado um debate público mais amplo, a envolver cientistas e profissionais de diversas áreas.

Tal conjuntura do ambiente médico contou com o refinamento das técnicas de saúde adquiridas após a Segunda Guerra Mundial e, também, com o avanço das ciências biológicas. À época em que a ética da medicina tradicional era restrita à normatização do exercício profissional, os desafios das ciências médicas e biológicas não obtiveram respostas. Assim, o debate recaiu sobre a definição de princípios que determinassem o modo correto e incorreto de proceder em face dos valores de referência que então informavam e orientavam a ciência, com o intuito de avaliar, controlar e humanizar seus efeitos.

Conforme Cardoso³⁹³, os novos questionamentos éticos que emergiram no decorrer da Segunda Guerra Mundial foram resultantes da irresignação pública mundial quanto ao comportamento humano em períodos de guerra. Os resultados aterrorizantes advindos das experiências científicas com seres humanos, assim como da detonação das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, corroboraram a irresignação em comento. Tais consequências fizeram emergir o seguinte questionamento: até que ponto o progresso científico é danoso ao ser humano? É possível haver a relegação para segundo plano do direito que possui cada cidadão à sua autodeterminação?

O Código de Nuremberg foi o primeiro ato em direção à resposta para esse questionamento, intuindo a importância da postura ética na prática científica. Instaurado em 1947, fundamentou normas em prol da preservação do ser humano, elegendo princípios para o

³⁹¹ VAZ, H. C. L. - *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1998, p. 103.

³⁹² NUNES, R. - *GeneÉtica*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 24.

³⁹³ CARDOSO. *Op. cit.*, 1998, p. 1-6.

consentimento informado, para a ilegitimidade da coerção, para as diretrizes de prática do experimento científico e para a defesa da beneficência.

Posteriormente, em 1964, a Declaração de Helsinque complementou o Código de Nuremberg. Essa Declaração é constituída por um apanhado de princípios éticos que norteiam a padronização internacional nas pesquisas biomédicas, oferecendo proteção a indivíduos acometidos de determinadas doenças (indivíduos portadores de autonomia reduzida). O conjunto de princípios desta Declaração defende o bem-estar do ser humano por meio da relação entre a ética e a ciência, considerando o interesse do paciente mais importante do que qualquer outro interesse subjacente a experimentos científicos^{394 395}.

Rui Nunes anota:

“Foi esta, talvez, uma das grandes transformações culturais do final do século XX: a evolução para uma ética centrada na dignidade da pessoa e no seu direito à liberdade ética de autodeterminação. A doutrina dos direitos humanos, em todas as sociedades de tradição judaico-cristã, evoluiu ao ponto de conferir uma autonomia quase ilimitada ao ser humano individual. Esta noção está expressa com clareza na Declaração Universal dos Direitos Humanos, declaração que é o substrato fundamental de toda a reflexão ética em torno das ciências da vida. De facto, é universalmente aceite (pelo menos nas sociedades influenciadas pela cultura ocidental) que alguns direitos básicos são inerentes a todos os membros da nossa espécie, independentemente de raça, sexo, convicção política ou religiosa³⁹⁶”.

Tal posicionamento normativo para o encadeamento da ética com a ciência resultou na disciplina entendida como bioética. O termo bioética foi usado pela primeira vez num estudo no início da década de 1970, realizado pelo oncologista Van Renssealaer³⁹⁷, mais especificamente, em um texto denominado *Bioethics, the science of survival*, uma adaptação do capítulo I do livro *Bioethics: bridge to the future*, publicado em janeiro de 1971.

Em essência, para Van Rensselaer, a bioética estava atrelada à condição de existência de um profissional que seja um homem ético. Para ele, o procedimento do homem no âmbito das ciências biomédicas e no desequilíbrio progressivo da Terra (pelo crescente aumento populacional e pela intervenção do homem na natureza) ensejou a necessidade de rever o comportamento ético nas relações vitais dos seres humanos entre si e entre estes e a natureza. Surge, assim, por meio da terminologia *bioética* um novo ramo filosófico, do qual exsurtem

³⁹⁴ BESSA, M. R. R. - *A densificação dos princípios da bioética em Portugal Estudo de caso: a atuação do CNECV*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito: Ciências Jurídico-Políticas. p. 9.

³⁹⁵ Tanto o Código de Nuremberg como a Declaração de Helsinque não são alheios à instrumentalização normativa do positivismo dos direitos humanos, mas uma complementação dos institutos já previamente estabelecidos, como a Declaração dos Direitos (Bill of Rights) de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. BESSA. *Op. cit.*, 2013, p. 9.

³⁹⁶ NUNES, R. *GeneÉtica*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 25.

³⁹⁷ POTTER, V. R. *Bioethics, the science of survival. Perspectives in Biology and Medicine*, v. 14, n. 1, p. 127-153, 1970.

apreciações acerca de valores e normatizações para o ordenamento no uso das descobertas científicas.

Van Renssealaer afirma que a bioética “é a ponte entre a ciência e as humanidades”. Ele enfatizava a existência de dois componentes tópicos para se atingir uma nova sabedoria: o conhecimento biológico e os valores humanos³⁹⁸. Do ponto de vista etimológico, a bioética traduz-se num esforço para estabelecer uma conversação entre a “ética” e a “vida”. É a conjugação do grego “bios”, que significa vida, e de “éthiké”, que significa ética.

Barbas acrescenta: “a Bioética é, no fundo, um ramo da denominada ‘Ética aplicada’ que estuda as implicações de valor dos desenvolvimentos das próprias ‘ciências da vida’³⁹⁹”. Por sua vez, Minaré elege a bioética como um modo de promoção de diretrizes para a atuação responsável do ser humano em relação ao futuro – consideração essa fundada em uma forma decente e sustentável de civilização, que se encontra “motivada pelo questionamento do progresso e pela reflexão sobre o futuro do avanço materialista da ciência e tecnologia, especialmente o avanço da biociência e da biotecnologia⁴⁰⁰”.

Bessa esclarece que:

“A bioética sustenta-se na convicção de que os avanços científicos não constituem automaticamente progressos para a humanidade em geral, de tal modo que o que é tecnocientificamente possível não seja *ipso facto* necessariamente permissível. Na realidade, esta nomenclatura não se refere exclusivamente aos problemas e implicações morais relacionados com as pesquisas científicas nas áreas da biologia e da biomedicina. Aliás, uma das suas principais características é a interdisciplinaridade, entendida como o envolvimento de várias disciplinas que visam conjuntamente proporcionar, a par da evolução do conhecimento científico, a percepção dos conflitos, o exercício da autonomia e a busca pela coerência⁴⁰¹”.

Complementa Schramm:

“Mas a bioética, por ser uma ética aplicada que diz respeito aos dilemas morais que podem surgir a respeito do nascer, morrer e cuidar/curar de cada um e de todos (ainda “mortais”, apesar dos avanços da ciência), está entrando cada vez mais no domínio público, através da mídia e, sobretudo, graças à existência dos vários tipos de comitês nos hospitais e nos centros de pesquisa acadêmica. Por isso, além de tratar-se de uma disciplina filosófica, com suas ferramentas conceituais e metodológicas específicas e legítimas, a bioética é, também, objeto de interesses de teólogos, sociólogos, antropólogos, economistas, biólogos e, sobretudo, usuários informados. Esta é a razão pela qual os comitês dos hospitais e dos centros de pesquisa devem, necessariamente, ser multiprofissionais e incluir representantes da sociedade civil, uma vez que as novas questões polêmicas, que emergem dos avanços do saber-fazer tecnocientífico e biotecnocientífico, não têm receitas de solução *a priori*, mas precisam do confronto, análise e ponderação entre pontos de vista diferentes, decorrentes de interesses e valores diferentes. Por isso também,

³⁹⁸ *Idem*. p. 2.

³⁹⁹ BARBAS. *Op. cit.*, 2007, p. 133.

⁴⁰⁰ MINARÉ, R. L. - Bioética. *Revista Parcerias Estratégicas*, n. 16. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, outubro/2002. p. 89.

⁴⁰¹ BESSA. *Op. cit.*, 2013, p. 9.

surge a necessidade de a sociedade como um todo dispor de formas democráticas de representação de seus interesses, que permitam criar normas para a pesquisa e, quando necessário, pôr limites à pesquisa, preocupando-se contudo com que tal controle não se torne literalmente um “liberticídio”⁴⁰².

Dessa maneira, a bioética fulcra-se no preceito de norma moral inerente ao ser humano, porém não de ordem impositiva, por ser de cunho filosófico; uma ciência que recruta o dever moral, e não de cunho coercivo, poder este do ramo do Direito. Como a moral arraigada às ciências médicas, que desde 1771 fazem uso do juramento de Hipócrates⁴⁰³, quando o novo médico se posiciona para a sociedade como cuidador da integridade do paciente.

Observa-se, com base em Heck⁴⁰⁴, que, conceitualmente, a bioética tem longa tradição na reflexão filosófica e na medicina ocidental, isso desde a civilização grega. Ao referir-se à ética e à moral do agir humano neste campo, o juramento hipocrático foi a primeira elaboração de um normativo normativo no qual se reconhecia a relação indispensável entre o exercício da medicina e o respeito aos valores da pessoa humana.

Em 1983, a Associação Médica Mundial fez uma adaptação do texto do juramento de Hipócrates para o seguinte formato:

“No momento de ser admitido como Membro da Profissão Médica: Prometo solenemente consagrar a minha vida ao serviço da Humanidade. Darei aos meus Mestres o respeito e o reconhecimento que lhes são devidos. Exercerei a minha arte

⁴⁰² SCHRAMM, F. R. - Algumas controvérsias semânticas e morais acerca do acesso e do uso do genoma humano. In CARNEIRO, F.; EMERICK, M.C (Orgs.). *Limite: A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000. [Em linha]. [Consult. 10 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/controversias.pdf>. p.2.

⁴⁰³ “Juramento de Hipócrates: Juro por Apolo Médico, por Esculápio por Higí, por Panaceia e por todos os Deuses e Deusas que acato este juramento e que o procurarei cumprir com todas as minhas forças físicas e intelectuais. Honrarei o professor que me ensinar esta arte como os meus próprios pais; partilharei com ele os alimentos e auxiliá-lo-ei nas suas carências. Estimarei os filhos dele como irmãos e, se quiserem aprender esta arte, ensiná-la-ei sem contrato ou remuneração. A partir de regras, lições e outros processos, ensinarei o conhecimento global da medicina, tanto aos meus filhos e aos daquele que me ensinar, como aos alunos abrangidos por contrato e por juramento médico, mas a mais ninguém. A vida que professar será para benefício dos doentes e para o meu próprio bem, nunca para prejuízo deles ou com malévolos propósitos. Mesmo instado, não darei droga mortífera nem a aconselharei; também não darei pessário abortivo às mulheres. Guardarei castidade e santidade na minha vida e na minha profissão. Operarei os que sofrem de cálculos, mas só em condições especiais; porém, permitirei que esta operação seja feita pelos praticantes nos cadáveres. Em todas as casas em que entra, fá-lo-ei apenas para benefício dos doentes, evitando todo o mal voluntário e a corrupção, especialmente a sedução das mulheres, dos homens, das crianças e dos servos, Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso, Se eu respeitar este juramento e não o violar, serei digno de gozar de reputação entre os homens em todos os tempos; se o transgredir ou violar que me aconteça o contrário”. ORDEM DOS MÉDICOS. DE PORTUGAL - *hipocratis opera vera et adscripta Tomus Quartus*, p. 197-198-199, *Lausanne MDCCLXXI, 1771*. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em https://www.ordemdosmedicos.pt/send_file.php?tid=ZmljaGVpYm9z&did=02f039058bd48307e6f653a2005c9dd2.

⁴⁰⁴ HECK, J. N. - Bioética: contexto histórico, desafios e responsabilidade. *Revista Internacional de Filosofia da Moral*, Florianópolis, Núcleo de Ética e Filosofia política do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 123-125, dezembro/2005.

com consciência e dignidade. A Saúde do meu Doente será a minha primeira preocupação. Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado. Mantereí por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica. Os meus Colegas serão meus irmãos. Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, partido político, ou posição social se interponham entre o meu dever e o meu Doente. Guardarei respeito absoluto pela Vida Humana desde o seu início, mesmo sob ameaça e não farei uso dos meus conhecimentos Médicos contra as leis da Humanidade. Faço estas promessas solenemente, livremente e sob a minha honra⁴⁰⁵”.

Todavia, apesar de sua seriedade, a norma moral, que é a repercussão da consciência humana, precisa da assessoria das normas jurídicas, as quais lhe oferecem um elo com a sociedade^{406 407}.

Desse modo, a bioética restou vinculada à normatização. Inicialmente, isso se deu através do Código de Nuremberg e da Declaração de Helsinque e, posteriormente, para os mesmos fins, para versar sobre o cuidado das pesquisas em seres humanos, como em 1974, através da *Nacional Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, instituída pelo Congresso norte-americano. A Comissão teve por objetivo identificar princípios éticos basilares da biomedicina, esforço esse que culminou na composição do *Relatório Belmont*.

Do documento em menção, depreende-se o esboço de três princípios básicos da bioética:

- “1. Princípio da autonomia ou do respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais;
2. Princípio da beneficência, que se traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; e
3. Princípio da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios, pelo qual não pode uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra, salvo se houver entre ambas alguma diferença relevante⁴⁰⁸”.

É de registrar-se o acréscimo de mais um princípio a esse rol. O livro *Principles of Biomedical Ethics*, de Tom L. Beauchamp e James F. Childress *apud* Pithan⁴⁰⁹, publicado em 1979, traz o princípio da não maleficência, segundo o qual não se deve causar mal a outro, diferenciando-se desta feita do princípio da beneficência.

⁴⁰⁵ ORDEM DOS MÉDICOS DE PORTUGAL - *hipocratis opera vera et adscripta Tomus Quartus*, p. 197-198-199, Lausanne MDCCLXXI, 1771. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em https://www.ordemdosmedicos.pt/send_file.php?tid=ZmljaGVpcm9z&did=02f039058bd48307e6f653a2005c9dd2.

⁴⁰⁶ MEIRELLES, J. M. L. - Bioética e biodireito. In BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁰⁷ LEITE, J. R. M.; BELLO FILHO, N. B. (Orgs.). - *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

⁴⁰⁸ BESSA. *Op. cit.*, 2013, p. 9.

⁴⁰⁹ PITHAN, L. H. - *A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressuscitação hospitalares*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2004. p. 27-28.

Na visão de Pithan⁴¹⁰, os princípios devem assim ser entendidos:

“[...] princípio da beneficência consiste na obrigação de procurar o bem do paciente. [...] O princípio da não maleficência se refere à obrigação de os médicos não causarem mal ou danos ao seu paciente. [...] O respeito da autonomia preconiza o respeito pelos atos e decisões de cada indivíduo, implica a responsabilidade das pessoas de decidirem por si mesmas, representando um direito do indivíduo enfermo e um dever de respeito pelo médico – sendo o consentimento informado a expressão máxima deste princípio. [...] O princípio da justiça se relaciona com a justa distribuição dos recursos destinados à saúde [...]”⁴¹¹.

Mesmo que bem fundamentado, o modelo descrito de principiologia da bioética encontra uma vertente de estudo que se posiciona de forma contrária, ao eleger como verdade basilar da bioética o modelo personalista. Neste modelo, Sgreccia⁴¹² descreve que o entendimento da bioética não decorre dos quatro princípios aludidos, mas sim da deferência à dignidade humana. Esse autor entende que o ser humano é uma unidade que compõe uma totalidade, conformando uma unitotalidade, a qual deve apoiar-se na bioética, porém, tendo esta quatro outros princípios, a saber:

- “1. Princípio da proteção da vida física, sendo a vida um direito fundamental do homem;
2. Princípio da liberdade e da responsabilidade, segundo o qual o cuidador do paciente o tem como um fim e não como um meio;
3. Princípio terapêutico, visando ao uso da constância, da coerência e da proporção pelo cuidador em prol da execução de tratamento terapêutico/cirúrgico correto em paciente;
4. Princípio da sociabilidade e da subsidiariedade, consubstanciado na ciência do cuidador do paciente de sua participação e interação junto à sociedade e, por conseguinte, da sociedade (grupos – civil, privada e/ou estatal) na participação ativa em iniciativas para sanar necessidades de esteio público”⁴¹³.

Dessa forma, tanto o modelo da principiologia quanto o modelo personalista primam por promover e preservar a moral, visando à garantia da justiça em bases éticas ou, dito de outro modo, buscam solucionar problemas de ordem moral na relação entre o ser humano e a ciência. Tais princípios basilares da bioética, posteriormente, ampararam-se em normatizações, a fim de serem colocados em prática.

Esses princípios foram estabelecidos pelo Conselho de Organizações Internacionais das Ciências Médicas, em 1993, através das Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Biomédica Envolvendo Sujeitos Humanos. Esse documento enfatiza a importância “(...) do consentimento informado, da pesquisa nos países em desenvolvimento, da proteção das

⁴¹⁰ PITHAN, L. H. *Op. cit.*, 2004, p. 27-28.

⁴¹¹ *Idem*, p. 27-28.

⁴¹² SGRECCIA, E. - *Manual de Bioética: I Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 25.

⁴¹³ *Idem*. p. 25.

populações vulneráveis, da partilha de benefícios e do papel desempenhado pelos comitês/comissões de ética⁴¹⁴. Tais princípios foram acolhidos pela Unesco na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, em seu artigo 23, pela Declaração Internacional Sobre Dados Genéticos Humanos, de 2004, em seu artigo 24, e pela Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, em seu artigo 19.

Em complemento às normatizações internacionais, existem os conselhos de ética domésticos, conforme solicitação das Declarações da Unesco, os quais se estabelecem como assessores na promoção do comportamento ético. Em Portugal há o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)⁴¹⁵ e, no Brasil, o Conselho Ético do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)⁴¹⁶. Ambos são órgãos consultivos. O CNECV de Portugal ampara-se juridicamente na Lei nº 24, de 2009, e o Conselho Ético do MIDIC do Brasil, na lei nº 11.105, de 2005.

É esse amparo jurídico que permite a composição de limites morais na prática científica, perpetuando conceitos éticos para a preservação da vida e, por conseguinte, da dignidade humana. Conforme Leite e Bello Filho⁴¹⁷, a bioética coloca-se como fronteira de limitação na relação entre a vida e a ciência, possibilitando uma convivência harmônica entre ambas.

Todavia, não se pode olvidar que comitês de ética não apresentam soluções para todas as demandas. Diante disso, é imperioso que haja uma sensibilização da população. E, mais, daqueles que participam ativamente do Poder Legislativo, para que ajam com conhecimento de causa, porque surgirão novas questões com as novas tecnologias que tendem a acelerar as descobertas genômicas.

Ainda, merece registro uma ciência que demarca o século XXI: a ecosofia. Trata-se de uma resposta às demandas contemporâneas que abarca uma nova proposta para difundir outro modo de se estar no mundo. Para tanto, comporta o resgate do local em contraposição ao global, e o redimensionamento do olhar para o mundo para fins de superação das crises decorrentes das ideologias do século anterior. Trata-se da criação de novas realidades, fundadas em novas dinâmicas, pautadas por inspirações ético-políticas.

⁴¹⁴ BESSA. *Op. cit.*, 2013, p. 10.

⁴¹⁵ CNECV, Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida - *Institucional*. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.cnecv.pt>.

⁴¹⁶ MIDIC, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. - *Comissão Ética*: função. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=1&menu=2399>.

⁴¹⁷ LEITE; BELLO FILHO. *Op. cit.*, 2004.

É possível falar em uma reconstrução das relações humanas a partir da imbricação de três contributos ecológicos, a saber: do meio ambiente, das relações sociais e da subjetividade humana. Nas palavras de Guattari⁴¹⁸, essas três ecologias implicam uma nova práxis, que comporta a domesticação dos “territórios existenciais, sejam eles concernentes às maneiras íntimas de ser, ao corpo, ao meio ambiente ou aos grandes conjuntos contextuais relativos à etnia, à nação ou mesmo aos direitos gerais da humanidade”.

É sob esse viés que deve se interpretar o art. 225, § 1º, inciso II, da CF/88, que apesar de inserido num capítulo específico sobre meio ambiente, estende-se para outras searas, sobretudo após inúmeros avanços biotecnológicos, que engendram igualmente uma interpretação protetiva ao patrimônio genético humano.

4.3 LIMITES MORAIS NO USO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS

Na esteira da bioética, o composto moral torna-se o pilar para o uso do Projeto Genoma Humano (PGH), tornando-o produtor e respeitoso aos direitos humanos. A bioética é considerada um importante fator na busca pela eficiência do PGH, isso para que haja maior reponsabilidade em seu uso, dado o espectro bioético para delinear os limites morais que a sociedade pode estabelecer aos empreendimentos de âmbito científico vinculados ao genoma humano, sobretudo quanto ao uso das informações genéticas de um indivíduo. Precisamente, isso significa estabelecer o potencial de nocividade do PGH ao ser humano⁴¹⁹.

Nesta senda e, em decorrência das diversas situações de abertura trazidas pelo PGH, capazes de gerar uma multiplicidade de problemas de natureza ética, torna-se necessária a discussão não apenas por profissionais da área da medicina, mas também da biologia, da química, do direito, da economia, da administração etc. É necessário que sejam lançadas luzes de aporte à bioética, de modo a conferir maior visibilidade dos acontecimentos para todos os setores da sociedade, sujeitos aos efeitos dos progressos genômicos.

A Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997)⁴²⁰ da Unesco, em seu artigo 1 refere o genoma humano como um legado da humanidade; trata-se de patrimônio comum da humanidade⁴²¹. Entretanto, a Declaração também destaca que tal

⁴¹⁸ GUATTARI, F. - *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990. p. 37-38.

⁴¹⁹ SCHRAMM, F. R. *Op. cit.*, 2000, p. 3.

⁴²⁰ *Idem*, p. 7.

⁴²¹ O artigo citado no parágrafo apresenta-se na íntegra no terceiro capítulo do presente estudo, precisamente no subitem “3.4 Normatização Internacional”.

patrimônio comum da humanidade apoia-se em um viés simbólico. Logo, a imprecisão contida no preceito simbólico permite um prolongamento interpretativo da norma, levando-a, até mesmo, a uma dualidade interpretativa do genoma humano: além de patrimônio universal, pode ser considerado também um patrimônio individual, pois cada pessoa possui a propriedade de seus genes e das informações deles, constituindo um bem privado e inalienável da personalidade. Como deve ser entendida tal dualidade?

Em um primeiro momento, pode-se dizer que o genoma humano é um legado da humanidade, devendo ser respeitado como a humanidade de todos. Num segundo momento, pode-se dizer que se trata de um legado da humanidade, devendo ser respeitado como a humanidade de cada indivíduo. Isso provoca dúvidas sobre como interpretar a humanidade ressaltada no artigo 1.

“Com efeito, cada indivíduo pode legitimamente considerar que seu genoma lhe pertence, logo que é uma propriedade comum da humanidade “em termos”, visto que nas sociedades democráticas e liberais vale o lema “eu pertenço sobretudo a mim mesmo, e meu genoma, que é parte integrante de mim mesmo, também”. Porém, devido às necessárias limitações que o viver em sociedade impõe a seus cidadãos, o indivíduo pode fazer o que quiser de si, inclusive de seu genoma, também “em termos”, se seus atos podem acarretar consequências sobre seus descendentes e os outros, uma vez que a própria moral liberal reconhece esta limitação da autonomia individual⁴²²”.

Decerto, mesmo em tal interpretação dual do genoma humano, há esteio argumentativo no artigo 1 para definir que o código genético constitui uma característica natural do ser humano. Nesta seara argumentativa, há a possibilidade de interpretação reducionista do ser humano ao seu código genético. O processo interpretativo reducionista abrange diferentes segmentos, como o natural (biológico), o cultural, o ético e o jurídico. Assim, torna-se complexo compreender qual base interpretativa delimita moralmente o uso do PGH.

“Os genes são certamente importantes para determinar a identidade biológica do indivíduo humano, mas não são tudo para determinar a identidade de um indivíduo, visto que determinam uma limitação do possível, mas dificilmente determinam, sozinhos, um destino⁴²³”.

Configurar o ser humano por sua informação genética gera “a ideia reducionista e equivocada de que os genes não só podem tudo, como são oráculos infalíveis e funcionam sempre sem interação ambiental⁴²⁴”. Trata-se de um equívoco que pode resultar em

⁴²² SCHRAMM, F. R. *Op. cit.*, 2000, p. 3.

⁴²³ *Idem*, p. 4.

⁴²⁴ GARRAFA, V.; POSSINI, L. - *Bioética: poder e injustiça*. 2.^a ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 359.

interferência negativa na vida dos indivíduos que consentam a consulta de suas informações genéticas por terceiros.

Dessa maneira, o código genético para um indivíduo oferece peso ímpar às suas informações genéticas, diferentemente de uma caracterização usual na sociedade, como, alto, baixo, narigudo etc. Muito embora a ciência possa revelar informações sobre possíveis doenças futuras e, com isso, gerar estigmas a determinado indivíduo, reduzir o indivíduo à sua informação genética também pode significar o esquecimento de que esse indivíduo é um cidadão e deve ter a sua liberdade e a sua dignidade humana preservadas. Esse reducionismo biológico pode resultar num efeito discriminatório na vida dos indivíduos, oferecendo margem a abusos, como, por exemplo, no ambiente de trabalho ou por parte das seguradoras, ou ainda, mais drasticamente, com finalidades de políticas públicas para a prática da repressão ou da eugenia e do uso do aborto.

Sobre o assunto, Zatz destaca:

“As novas tecnologias que vêm sendo introduzidas permitirão, em pouco tempo, a identificação de centenas de genes “patológicos” em uma única reação. É inquestionável que as companhias de seguro-saúde e seguro de vida teriam o maior interesse em obter essas informações, isto é, saber que doenças teremos risco de desenvolver e a data prevista da nossa morte. E os nossos empregadores também não teriam interesse em obter tais informações sigilosas? A questão é: seremos capazes de manter o caráter confidencial de nosso perfil genético? Poderemos não concordar em nos submeter a um teste de DNA? Para aqueles que acreditam que implementar um banco de DNA da nossa população ainda é uma realidade distante, basta lembrar que recentemente se propôs que todos os recém-nascidos em São Paulo tivessem uma amostra de DNA coletada (a partir de sangue do cordão umbilical) para se obter uma impressão genética de cada um. Para encobrir os interesses comerciais (já que haveria um custo para cada exame), o motivo alegado foi evitar a troca de crianças em maternidade. E se essa coleta fosse obrigatória?⁴²⁵”.

Drell *apud* Cardoso, cientista vinculado à descoberta do genoma humano, ressalta a importância do comportamento ético em seu uso: “Uma das maiores preocupações éticas em relação ao Projeto Genoma é a divulgação dos dados genéticos individuais para seguradoras de saúde e empregadores. [...] O problema será a interpretação errônea de testes de DNA⁴²⁶”.

Com efeito, o que cria a limitação nesse ambiente informacional genético são as fronteiras ofertadas pela bioética, que não o considera apenas como um ser biológico. A bioética oferece um ideal moral para as ações científicas no âmbito do PGH que, por conseguinte, estende-se às normatizações pertinentes ao assunto, combatendo o abuso no tocante ao uso das informações genéticas. Devem as normatizações abarcar a plenitude do ser

⁴²⁵ ZATZ, M. - Projeto Genoma Humano e Ética. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 47-52, 2000. p. 48.

⁴²⁶ CARDOSO, C. M. - Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência e Educação*, v. 5, n. 1, p. 1-6, 1998. p. 2.

humano, evitando possibilidades interpretativas reducionistas e promovendo a condução correta da bioética ante o PGH^{427,428}.

É por meio da conduta ética que o homem se torna um fim e não um meio no uso do PGH. Para tanto, a harmonização de critérios morais de escolhas deve apoiar-se numa trilogia bioética, estabelecida por decisões entre o médico, o paciente e a sociedade. A eleição dos critérios bioéticos de proteção à vida está calcada no diálogo entre a ciência e a sociedade, levando em conta valores econômicos e socioculturais. A bioética não depende só de diálogos, mas necessita, também, do apoio da normatização para oferecer eficiência aos seus preceitos de conduta ética, valendo-se, assim, do biodireito.

4.4 BIODIREITO

Cada vez mais o avanço técnico e científico faz nascer um intercâmbio de informações, decerto necessárias para que se discuta o bem-estar de todos que compõem a sociedade. Por isso, embora todos sejam cômicos de que há a necessidade de que a ciência e a técnica interfiram sobre a vida, há o reconhecimento de que essa interferência não pode ir de encontro à dignidade da pessoa humana e aos limites traçados pelo direito. Assim, nasce o biodireito. Nas palavras de Baracho: “O biodireito é estritamente conexo à bioética, ocupando-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da biomedicina. O biodireito questiona os limites jurídicos da licitude da intervenção técnico-científica possível⁴²⁹”.

Barboza, ao tratar do tema, revela que a interferência do homem em outros meios, até então sob os auspícios tão somente da natureza, inaugurou “uma nova era que poderá se caracterizar pelo controle de determinados fenômenos que escapavam ao seu domínio⁴³⁰”. Nessa direção, define o biodireito da seguinte forma: “Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina⁴³¹”.

Meirelles explica que o biodireito “é a fundamentação e a pertinência das normas jurídicas, de maneira a adequá-las aos princípios e valores relativos à vida e à dignidade

⁴²⁷ SIQUEIRA-BATISTA, R. - Eutanásia e compaixão. *Revista Brasileira de Cancerologia*, v. 50, n. 4, p. 334-340, 2004.

⁴²⁸ MEIRELLES, J. M. L. - Bioética e biodireito. In BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴²⁹ BARACHO, J. A. O. - *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética*. [Em linha]. [Consult. 29 de outubro de 2015]. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex024.htm>. p. 14.

⁴³⁰ BARBOZA, H. H. - Princípios da bioética e do biodireito. *Bioética*, v. 8, n. 2, 2000. p. 96.

⁴³¹ *Idem*. p. 212.

humana trazidos pela Ética⁴³²”. Com base nesses autores, apreende-se que o biodireito estabelece o valor e o respeito ao homem na ciência, justamente porque consagra o preceito da dignidade humana.

Cabe ao biodireito analisar as situações maléficas vinculadas ao PGH, reconhecendo problemas de ordem ética no uso dos saberes genômicos. Isso porque o desenvolvimento científico ao longo da História, sobretudo o PGH, tornou o homem um objeto de manipulação, o que fragilizou os preceitos éticos e o Direito, havendo necessidade de revisão deles. Compete ao Estado, por meio do biodireito, atentar para a manipulação do homem na contemporaneidade, avaliando os procedimentos científicos e as respectivas influências junto à sociedade⁴³³.

Avaliar a relação ética entre ciência e sociedade torna o papel do biodireito uma tarefa complexa, já que envolve pensamentos filosóficos, científicos, econômicos e jurídicos. Dessa forma, existe no biodireito uma abrangência interdisciplinar.

Nesta conjuntura, o biodireito necessita investigar parâmetros legais pautados pela bioética que unam o desenvolvimento e a prática dos conhecimentos biotecnológicos com o bem-estar social. É o biodireito uma ramificação do Direito, que trata do princípio da dignidade humana junto aos assuntos jurídicos relacionados a “eutanásia, aborto, embrião, transplante de órgãos e tecidos entre vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético⁴³⁴”.

O biodireito cria uma harmonização legal entre influências distintas, gerindo a evolução científica sem que essa se torne nociva ao homem. A Figura 1 traz uma representação das influências que incidem no biodireito.

⁴³² MEIRELLES. *Op. cit.*, 2001, p. 96.

⁴³³ SANTOS, M. C. C. L. - *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 306-325.

⁴³⁴ ERNANDES, T. B. - *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.

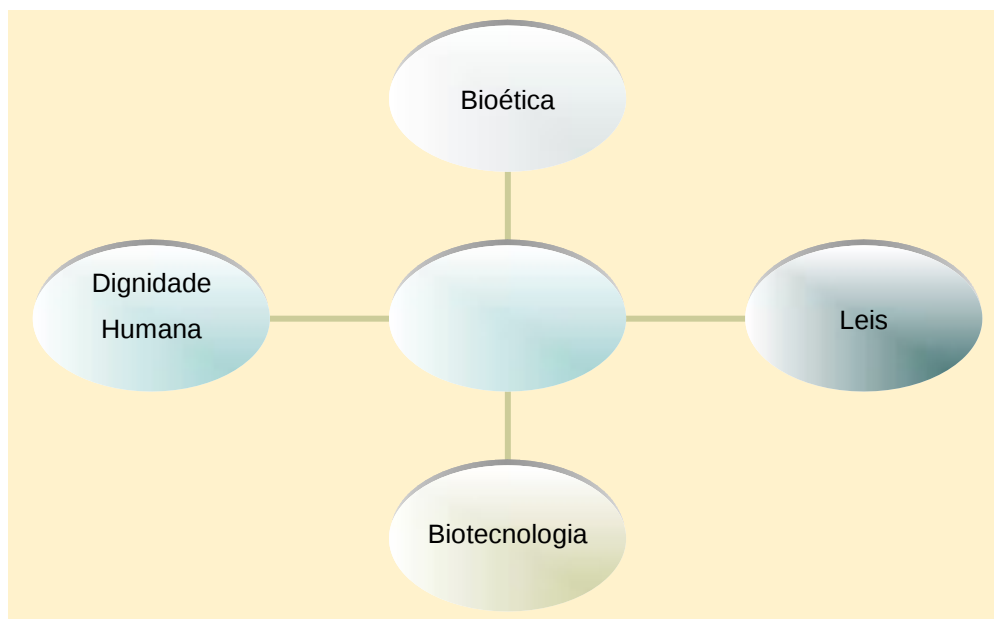


Figura 1 - Influências no Biodireito⁴³⁵.

Conforme Santos⁴³⁶ e Meirelles⁴³⁷, o biodireito enquadra-se na esfera jurídica dos direitos fundamentais, visto que sua abordagem se dá em prol da preservação da dignidade humana. Estabelece, portanto, as faculdades morais relacionadas à vida, em que se preserva a dignidade humana por meio da não violação da privacidade do ser humano. Nesta esteira, a ética transpassa para o ordenamento jurídico, legitimando os direitos humanos em um ambiente de biotecnologia. Assim, as normas jurídicas estabelecem princípios de condutas para regulamentar ou proibir situações no espectro da biotecnologia.

Todavia, não basta o biodireito estabelecer as normas jurídicas, adaptando-as ao novo comportamento científico no tocante à manipulação do homem, já que faria com que a ciência ficasse a reboque do Direito, quando, na verdade, os princípios morais do Direito devem nortear a ciência.

Barboza esclarece a questão da seguinte maneira:

“O Direito não é somente um conjunto de regras, de categorias, de técnicas: ele veicula também certo número de valores. Por conseguinte, se o Direito deve evoluir para dar conta dos progressos científicos e assim se adaptar aos avanços médicos que permitam mudar a vida e não apenas prolongá-la, deve necessariamente ordenar essas intervenções sobre o homem. O sistema jurídico é feito de regras que constroem uma sociedade fundada em certos valores, tais como a liberdade ou a igualdade que geram uma concepção de homem. O Direito é a regra que uma sociedade se dá. As intervenções sobre o corpo humano, como as técnicas de reprodução assistida, as manipulações genéticas, as experimentações em humanos, os transplantes e clonagem, conduzem automaticamente a uma reificação do ser

⁴³⁵ SANTOS. *Op. cit.*, 2001, p. 306-325.

⁴³⁶ *Idem.* p. 306-325.

⁴³⁷ MEIRELLES. *Op. cit.*, 2001, p. 96.

humano, se mantidas determinadas categorias clássicas do Direito. O estabelecimento de regras sobre esses fatos poderá manter esse entendimento ou definir novas categorias, ou adaptar as existentes de modo a assegurar a permanência do primado da pessoa humana, pedra-de-toque de nossa civilização jurídica, sobre toda visão reducionista que faz com que se perca sua singularidade absoluta não basta ao Direito adaptar as categorias jurídicas existentes ou forcionista que faz com que se perca sua singularidade absoluta⁴³⁸”.

Para que haja o cumprimento de sua função, o biodireito lança mão de alguns princípios basilares. Conforme Sá⁴³⁹, são eles:

- “a) Da precaução – modulação preventiva contra determinados riscos não conhecidos, visando à defesa de ameaças ainda incertas, porém passíveis de se evitar antes de sua ocorrência;
- b) Da autonomia privada – potencial da pessoa em ser e agir;
- c) Da responsabilidade – incide em ato passado, visando a diminuir ou reparar danos gerados.
- d) Da dignidade – trata-se dos direitos humanos de proteção à vida”.

Desses princípios, merece destaque a dignidade da pessoa humana:

“É a base da própria existência do Estado Brasileiro e, ao mesmo tempo, fim permanente de todas as suas atividades, é a criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurados o desenvolvimento e a possibilidade da plena concretização de suas possibilidades e aptidões⁴⁴⁰”.

Com base nesse princípio, e nos demais referidos, assevera-se a complexidade do biodireito; este, para que seja colocado em prática, deve não só ser um instrumento, mas também um propagador de valores.

Barboza esclarece o assunto:

“O objeto do Biodireito é matéria complexa, heterogênea e que confronta normas existentes que na maioria das vezes lhe são estranhas. Contudo, como integrante do nosso sistema jurídico deve, necessariamente, submeter-se aos princípios que o regem⁴⁴¹”.

Por certo, o biodireito tem uma gama de desafios a enfrentar, visto que se trata de uma ramificação do Direito com intenção de suprir lacunas jurídicas e conflitos de normas (antinomias) vinculadas ao uso das biotecnologias. Torna-se necessário registrar que, no Brasil, mesmo não havendo lei que trate da ética, da bioética ou do biodireito quanto ao tema de genoma humano nas relações laborais, em 1997, foi publicada a Resolução 240, do Conselho Nacional de Saúde, que consagra diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa em Genética Humana. O escopo da referida Resolução é produzir dados

⁴³⁸ BARBOZA. *Op. cit.*, 2000, p. 213-214.

⁴³⁹ SÁ, M. F. F. - *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. 2.^a ed. Editora: Belo Horizonte, 2003.

⁴⁴⁰ FERRAZ, S. - *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

⁴⁴¹ BARBOZA. *Op. cit.*, 2000, p. 214.

genéticos da população, com o fito de acumular bases científicas que possam aliviar os que padecem de alguma doença e melhorar a saúde da população.

Por fim, registro importante é o da Resolução nº 466, de 2012, que preza o princípio da dignidade da pessoa humana nas pesquisas científicas envolvendo seres humanos, sendo indispensável os parâmetros éticos nessas pesquisas. Conforme a mencionada resolução:

III - DOS ASPECTOS ÉTICOS DA PESQUISA ENVOLVENDO SERES HUMANOS

As pesquisas envolvendo seres humanos devem atender aos fundamentos éticos e científicos pertinentes.

III.1 - A eticidade da pesquisa implica em:

- a) respeito ao participante da pesquisa em sua dignidade e autonomia, reconhecendo sua vulnerabilidade, assegurando sua vontade de contribuir e permanecer, ou não, na pesquisa, por intermédio de manifestação expressa, livre e esclarecida;
- b) ponderação entre riscos e benefícios, tanto conhecidos como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;
- c) garantia de que danos previsíveis serão evitados; e
- d) relevância social da pesquisa, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio-humanitária.⁴⁴²

Ademais, cabe ainda destacar, ainda, em que pese ser a liberdade de expressão de quaisquer atividades científicas, a Carga Magna estabelece limites importantes. Inclusive o próprio artigo 225§1º, II, da Constituição Federal do Brasil, determina que a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético é imprescindível a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa. O problema se encontra na falta de regulamentação, eis que somente há regulamentação em um pensamento voltado para organismos geneticamente modificados na lavoura (Lei 11.105/2005).⁴⁴³

4.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO

Entender a negatividade do comportamento discriminatório num ambiente genético esbarra no preceito correto de conduta entre os seres humanos. Faz-se oportuno trazer à tona o conceito de ética, bioética e biodireito.

Inerente às relações humanas, a ética é o resultado do comportamento moral dos homens. Portanto, a visão ética está por toda parte em uma sociedade, seja nas relações familiares, seja nas relações profissionais, seja nas relações com o Estado. Aos profissionais da ciência, a ética passou a ser imprescindível para a preservação da dignidade humana, no combate a situações nocivas ao homem.

⁴⁴² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html]

⁴⁴³ ECHTERHOFF, Gisele. Direito à privacidade dos dados genéticos. p. 163. Curitiba: Juruá, 2010.

Inicialmente, a ética estreitou, na conduta médica, a relação entre médico e paciente. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, a ética contida na relação entre médico e paciente passou a não ser mais suficiente. As atrocidades cometidas no período, com experimentos científicos com seres humanos e o uso de bomba atômica no Japão, engendraram uma reflexão sobre o perigo do poder da ciência para lesar a vida humana, haja vista a dizimação de milhares de pessoas. Tais fatos impactaram a opinião pública mundial, fazendo florescer uma nova ideia de conduta moral no âmbito científico.

O Código de Nuremberg foi o primeiro passo na vinculação da ética com a ciência. Posteriormente, houve a Declaração de Helsinque e a instalação da *Nacional Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Essa instrumentalização ética forneceu padronização internacional para pesquisas biomédicas, incluindo proteção a indivíduos doentes, estabelecendo harmonização entre o bem-estar humano e a ciência.

Desta junção da ética com a ciência surgiu a disciplina bioética, promotora do avanço científico no tocante à dignidade humana. Para se colocar em prática a bioética, tanto por meio do modelo da principiologia quanto do modelo personalista, buscou-se a promoção e a preservação da conduta moral em ambiente científico.

No caso da ciência genômica, não seria prudente esquecer-se de impor limites ao uso das informações genéticas, fazendo da bioética uma prática em prol da conduta moral. No entanto, justamente pela bioética tratar da conduta moral, ela não tem a força de uma abordagem jurídica. Necessita, portanto, da complementação do biodireito, o qual permite a estruturação de legislação com base na bioética. É o biodireito que harmoniza efetivamente o uso da biotecnologia com a conduta ética, promovendo legalmente a proteção à dignidade humana.

5. DIREITO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

O segmento da revisão literária da tese no presente capítulo é dedicado ao exame de preceitos subjacentes às relações de trabalho, abrangendo os princípios basilares do direito do trabalho; aborda a nova estruturação do mercado de trabalho, assim como suas novas exigências acerca da capacidade do trabalhador, e destaca nuances sobre o processo seletivo do empregado, incluindo o uso do teste de sequenciamento genético.

5.1 DIREITO DO TRABALHO

Não se pode falar sobre o nascimento do direito do trabalho sem se pensar numa versão mitológica cristã acerca da essência do trabalho e de sua contribuição para o destino do homem. É de registrar-se que consta na Bíblia que Adão foi criado como ocioso jardineiro de Deus. Todavia, foi expulso do Éden com toda a sua descendência e, como castigo para sua purificação, lhe restou o trabalho⁴⁴⁴. O termo trabalho, portanto, passou a expressar uma ideia de sofrimento.

É curioso perceber esta ligação a partir da observação da etimologia da palavra “trabalho”. O vocábulo vem do radical romano *labor*, que é equivalente à palavra *ponos*, ou seja, pena. Durante o Império Romano, o trabalho era considerado uma prestação de serviços a terceiros como uma pena imposta em favor de seus senhores. Já na França, a palavra *travail* (trabalho) remete à *tripaliare*, que significa pena, tortura, ou fazer sofrer; esta palavra, por sua vez, é uma derivação de *tripalium*, mais precisamente, um instrumento de tortura de três pontas, uma espécie de tridente. A palavra *travail* designa também um tipo de dispositivo com várias traves às quais eram presos os cavalos ou bois para serem ferrados⁴⁴⁵.

No mesmo sentido, a palavra “operário”, em sua origem, está ligada ao conceito de restrição. Seu princípio revela sintonia com a palavra “escravidão”, pois em francês a palavra *ouvrier* vem do latim *operarum*, que era uma designação para se referir aos escravos. Ainda na França, em meados do século XV, aparece a figura do *prolétaire*, designação derivada de *proletarius*, ou seja, aquele que não consta na cidade, no Estado, senão pela sua descendência (prole), cidadão pobre, isento de impostos. *Prolétaire*, portanto, designa um indivíduo

⁴⁴⁴ Com o suor do rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, pois dela foste formado; porque tu és pó e ao pó tornarás. Gênesis, 3:19

⁴⁴⁵ ALBORNOZ, S. - *O Que é Trabalho*. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 9.

desprovido de meios de produção e de subsistência, o que o distingue de um indivíduo que possuía suas próprias ferramentas⁴⁴⁶.

Conforme observado pela origem das palavras, a necessidade de trabalhar para o sustento já era considerada, desde séculos, uma pena pessoal imposta ao trabalhador, pois este não tinha opção de escolher entre “desfrutar da vida” ou laborar para, pelo menos, uma “sobrevivência”.

A primeira civilização que temos conhecimento já era escravocrata, há mais de 5.000 anos: na língua dos antigos sumérios, a expressão “escravo” era empregada para designar os estrangeiros, apontando a origem política deste estigma. Na Grécia clássica, o trabalho braçal era tido como desonroso e, por isso, era destinado aos escravos. Homens livres que exerciam atividades com fins lucrativos, como negociantes (aqueles que negavam o ócio), eram tratados com desprezo.

O sistema da democracia ateniense conferia direitos a uma minoria, restando aos escravos a sustentação da riqueza dos senhores. Com efeito, a própria noção de modo de produção escravista foi concebida como meio de sustentação de um paradigma, na realidade, elitista. Em Atenas e Roma, principais impérios da Antiguidade, os serviços eram prestados por escravos, que perfaziam a terça parte da população⁴⁴⁷.

De acordo com Segadas Vianna,

“A escravidão, entre os gregos e os romanos, atingiu grandes proporções. Na Grécia havia fábrica de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis, onde o operariado era todo composto de escravos. Em Roma, os grandes senhores tinham escravos de várias classes, desde os pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas⁴⁴⁸”.

Nesses termos, o mundo antigo encontrou na escravidão a representação de uma instituição de caráter universal, construída de acordo com o modelo econômico, social e político da época. Carandini⁴⁴⁹ aponta a essência escravista do ambiente agrário romano como o verdadeiro motor de sua economia, com a introdução de novas formas de cooperação e especialização do trabalho escravo, voltado à produção mercantil destinada, sobretudo, aos mercados do Ocidente Romano. Esse encadeamento entre escravidão e produção intensiva

⁴⁴⁶ ENCICLOPÉDIA EINAUDI - *Modo de produção/desenvolvimento/subdesenvolvimento*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, v. 7, p. 11.

⁴⁴⁷ COULANGES, N. D. F. de - *A Cidade Antiga*. Livro Terceiro. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1981. p. 93-120.

⁴⁴⁸ VIANNA, S. et al.- *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I. São Paulo: LTr, 1997. p. 29-31.

⁴⁴⁹ CARANDINI, A. In GUARINELLO, N. L. - *A Economia Antiga e a Arqueologia Rural: algumas reflexões*. São Paulo: Clássica, 1995. p. 273.

para fins lucrativos compõe o que Carandini denomina de um “*caso de desenvolvimento pré-capitalista*”.

Até o fim do Feudalismo o trabalho era prestado de forma obrigatória. A submissão ao senhor, total e hereditária, estava condicionada à posse da terra e isto implicava que, na condição de servo da gleba, o trabalhador e sua família, apesar de não serem considerados escravos segundo o modelo anterior, poderiam ser vendidos juntamente com a terra, como se dela fossem acessórios. Com o início do século XVI a servidão entrou em decadência. A dependência dos feudos a um governo central, com a concepção das nações, o nascimento do mercantilismo, a aquisição dos feudos e a perda da relevância da terra como fonte de riqueza favoreceram para essa decadência até a sua total extinção. Apenas a Rússia resistiu ao fim da servidão, revestindo-se de formas brutais, assemelhadas à escravidão⁴⁵⁰.

A partir do século XV, e durante o século XVI, a civilização ocidental entrou em um período expansionista, decorrente das grandes navegações. Tal fato representou um dos primeiros saltos tecnológicos sistematicamente planejados pelo ser humano. As expedições marítimas buscavam novas terras e riquezas para o aumento dos domínios territoriais e comerciais dos países. Era um momento de vanguarda europeia, liderado pelo poderio marítimo de Portugal e Espanha.

Ao fim da Idade Média, impulsionados pelos ventos da Contrarreforma religiosa e apoiados, em grande parte, no processo de precoce unificação nacional, portugueses e espanhóis foram os pioneiros em relação à expansão ultramarina. Com a inovação tecnológica, que lhes conferiu amplo acesso ao mundo, uma nova civilização foi criada. Em seguida, Inglaterra, França e Holanda acompanharam esses passos.

Espanhóis e portugueses, com a libertação da ocupação árabe em seu território (que durara oitocentos anos), ficaram livres da influência islâmica sobre a sua economia e a sua sociedade. Com isso, deram importantes passos em direção à formação dos primeiros Estados nacionais da História. Através de rotas estratégicas, os europeus fizeram das novas conquistas territoriais colônias incorporadas e subjugadas às respectivas Coroas.

Darcy Ribeiro⁴⁵¹ atribuiu ao:

“processo civilizatório, resultante da revolução comercial e tecnológica que possibilitou as grandes navegações, a titulação de impérios mercantis salvacionistas. Em um primeiro momento, Espanha e Portugal e, posteriormente, Inglaterra, França e Holanda, estabeleceram nas Américas os fundamentos do primeiro sistema

⁴⁵⁰ MELLO, L. I.; COSTA, L. C. A. - *História Antiga e Medieval*. São Paulo: Scipione, 1993. p. 53-55.

⁴⁵¹ RIBEIRO, D. - *O Povo Brasileiro. Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 65.

econômico mundial, interrompendo o desenvolvimento autônomo das grandes civilizações americanas”.

Responsáveis pelo avanço comercial e tecnológico ocorrido no mundo ocidental, as grandes navegações foram igualmente responsáveis pela conquista, colonização e subjugação do continente africano, sustentado, em grande parte, por sua enorme densidade populacional. A escravidão dos negros, substancialmente explorada pelos portugueses⁴⁵², foi o modelo de escravismo executado em outros continentes, especialmente nas terras novas da América, para as quais os africanos foram levados durante os séculos XVI e XVII.

A época mercantilista do absolutismo português é assim comentada pelo historiador Luiz Felipe de Alencastro:

“(...) a colonização portuguesa, fundada no escravismo, deu lugar a um espaço econômico e social bipolar, englobando uma zona de produção escravista situada no litoral da América do Sul e uma zona de reprodução de escravos centrada em Angola⁴⁵³”.

Esses acontecimentos se repetiriam nos territórios ocupados pelos ingleses, que operaram lucrativo mercado de escravos negros, agindo como intercessores, revendendo-os para colônias hispânicas ou adquirindo-os para seus usos coloniais. Pierre Verger⁴⁵⁴ esclarece que o interesse dos mercadores ingleses nas “peças” africanas estendeu-se pelos séculos XVIII e XIX, especialmente na costa brasileira, por intermédio de relações negociais com os portugueses.

Agentes da *Royal African Company*, baseados em Uidá, na África, mantinham relações comerciais com a Bahia, sede administrativa da colônia submetida à autoridade administrativa da metrópole portuguesa, desde logo inscrita em uma rede mundial de comércio e de transferência de contingentes populacionais que incluía o comércio negreiro. Carl Boxer⁴⁵⁵ estimava que, ao fim da União Ibérica, no século XVII, o Brasil já era, econômica e demograficamente, mais importante do que o Estado da Índia na estrutura do império português.

⁴⁵² Jeanette Pinto, no livro *Slavery in Portuguese India, 1540-1842*. Bombay: Himalaya Publishers, 1992, p. 34-35, comenta que a escravidão de negros africanos introduzidos pelos colonizadores portugueses não foi a única vivenciada na região. Mesmo antes da chegada dos portugueses, diferentes formas de escravidão eram reconhecidas e praticadas, característica que continuou a subsistir no período da dominação portuguesa. Mesmo o tráfico de escravos já era praticado na região desde longa data por muçulmanos, envolvendo a troca e o comércio de vários produtos asiáticos.

⁴⁵³ ALENCASTRO, L. F. de. - *O Trato dos Viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 9.

⁴⁵⁴ VERGER, P. - *Fluxo e Refluxo do Tráfico de Escravos entre o Golfo de Benin e a Bahia de Todos os Santos. Séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Currupio, 1987.

⁴⁵⁵ BOXER, C. - *A Idade do Ouro no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1982. p. 31.

Luis Henrique Tavares transcreve em seu livro parte das correspondências trocadas entre os ingleses Francis Cock, residente na Bahia, e Dalby Thomas, datada de 1706, e redigidas nos seguintes termos:

“(…) Não é prudente mandar para aí os navios ingleses com escravos. Se a Companhia quiser ordenar que escravos sejam colocados a bordo dos navios portugueses e mandá-los a mim, tomarei cuidado deles. Dão excelentes lucros e o reembolso pode ser feito via Lisboa. Mando-lhe um presente de doces assim como seis onças de ouro contra os quais desejo dois robustos escravos machos⁴⁵⁶”.

O mercado de escravos negros continuou a ser realizado ao longo do século XIX. Tal prática permitia a ocupação das primeiras posições no *ranking* do comércio de escravos, sobretudo para a Inglaterra. Significava uma atividade vantajosa e altamente rentável para os cofres públicos. Assim, mesmo após a proibição do comércio escravo nos anos 1800 (fruto da emergência da sociedade industrial), e do grande poder de persuasão mundial para que outros países aderissem à proibição (principalmente sobre o Brasil, mantenedor da secular dependência portuguesa à Grã-Bretanha), o comércio de escravos perdurou na Bahia, e contou com os recursos dos capitalistas ingleses, muitos deles proprietários de escravos, que se valiam dessa prática em seus próprios negócios⁴⁵⁷.

O colonizador português, ao descobrir (invadir) o território brasileiro, aqui implantou um regime de posse e de dominação organizado sobre a base do trabalho escravo, no qual escravos e senhores representavam as classes sociais fundamentais.

“Este processo foi iniciado pela dizimação dos povos originários que ocupavam a costa e o interior do país, por meio de uma operação que durou séculos. Considerando que os números e os cálculos existentes não são inteiramente precisos, é possível falar em uma população originária que pode ter variado de 2 a 4 milhões de índios que, escravizados, aprisionados e atingidos pelas moléstias trazidas pelos conquistadores, acabaram reduzidos a 0,2% da população brasileira⁴⁵⁸”.

Após o fortalecimento do lucrativo tráfico negreiro, que garantia grande acumulação de recursos à metrópole portuguesa, a mão de obra indígena foi paulatinamente abandonada, com a introdução da mão de obra dos negros africanos, que aqui chegaram nos anos 1530. Na região setentrional do Brasil, mormente no Maranhão e no Pará, o tráfico negreiro só se tornou regular nas últimas décadas do século XVIII. Durante os três séculos seguintes, ao menos 4,5 milhões de negros escravizados cruzariam o Atlântico rumo ao Brasil. Estima-se

⁴⁵⁶ TAVARES, L. H. - *Comércio Proibido de Escravos*. São Paulo: Ática, 1988. p. 102.

⁴⁵⁷ *Idem*. p. 122.

⁴⁵⁸ RIBEIRO, D. - *O Povo Brasileiro. Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

que Portugal importou mais negros para o Brasil do que os índios que encontrou originalmente nas terras descobertas⁴⁵⁹.

No Brasil colonial, o escravo representava a força de trabalho na economia de troca e na economia doméstica. Ele era o corpo que assegurava a materialidade da hierarquia senhorial. A experiência portuguesa de administrar grupos sociais distintos fez com que a escravidão tomasse formas variadas de trabalho compulsório, realizado muitas vezes simultaneamente, para a produção de riquezas deste império: a escravidão aberta ou disfarçada, de indivíduos indígenas e negros na “*encomienda*”, “*hacienda*”, “*plantation*”, engenho, fazenda e outras modalidades de organização econômica. Mas foi na cidade do Rio de Janeiro que se deu a significância da estrutura do ultramar português, devendo-se tal processo ao aumento da importância do Atlântico Sul (na relação Brasil-Angola) e, também, à descoberta e exploração do ouro no centro-sul do Brasil⁴⁶⁰.

Ao longo dos séculos XVIII e XIX, o porto do Rio de Janeiro se configurou como um grande centro no tráfico de escravos para as Américas. Em fins do século XVIII já era o principal porto da colônia na comercialização de africanos escravos e, certamente, um dos mais importantes portos no comércio em geral do domínio português (ao lado dos portos localizados em algumas cidades africanas), com um índice de comércio ilegal, porém regular, bastante significativo. Entre fins do século XVIII e as primeiras três décadas do XIX, foram registrados os maiores índices de entrada de africanos escravos por esse porto, testemunhando-se também a prosperidade dos grandes comerciantes locais dedicados a tal empreitada. Nesse período, a cidade passou a abrigar a capital da colônia brasileira, transferida de Salvador (em 1763), e assim vai se configurando como um dos mais importantes portos do Atlântico Sul⁴⁶¹.

Alencastro⁴⁶² comenta que a pujança da vivência urbana alcançada no Rio de Janeiro, nesta época, estava assentada em um império baseado no uso intensivo e extensivo do sistema escravista, especialmente com relação aos negros africanos, destacando que aqui se experimentou um sistema de escravidão urbana diferente daquele praticado em outras cidades escravocratas do “Novo Mundo”, a *plantation*, restrita à produção agrícola.

⁴⁵⁹ *Idem*. p. 111-120.

⁴⁶⁰ ALENCASTRO, L. F. de. - *O Trato dos Viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 58-59.

⁴⁶¹ FRAGOSO, J. - *Homens de Grossa Aventura: Acumulação e Hierarquia na Praça Mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 315.

⁴⁶² ALENCASTRO, L. F. de. - *O Trato dos Viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 92-110.

Explica o autor que todos os serviços urbanos eram realizados por escravos: os transportes da cidade (tanto de mercadorias, como de pessoas); a construção de estradas; o calçamento das ruas; a edificação de prédios etc. Além disso, havia uma associação especial entre a escravidão e a estrutura funcional das residências, cabendo aos escravos da casa o provimento das demandas domésticas das famílias e de todas as demais necessidades diárias.

O serviço escravo também era utilizado para suprir outras necessidades fora do âmbito residencial, mas ainda de interesse do proprietário, como, por exemplo, o emprego de escravos em atividades remuneratórias, destinados os valores auferidos a seus proprietários. Esta estrutura urbana de ordenamento social tornava o recurso aos escravos imprescindível: a posse de escravos fazia parte das exigências da vida dos habitantes da cidade, já que, se por um lado, emprestava “distinção” e “prestígio”, por outro, garantia o sustento da casa.

De acordo com Souza Lima⁴⁶³, a lógica do modelo escravista português aplicado em seus domínios é historicamente mal dimensionada por parte do meio acadêmico brasileiro, ainda que o Brasil tenha sido parte integrante de uma estrutura muito mais ampla do domínio ultramar de Portugal. Nesse sentido, a restituição da importância desta lógica é fundamental, pois, não apenas como colônia, mas posteriormente na condição de ex-colônia, o Brasil herda um legado jurídico (no refinamento das leis sobre os escravos), administrativo e institucional (na geração de aparatos como cargos, corpo de funcionários etc.) no trato com o fenômeno escravocrata, indispensável ao conhecimento de seu particular processo em relação ao trabalho escravo.

Esse legado é especialmente relevante quando posto no ambiente urbano, notadamente modificador das relações de trabalho escravo, no qual a utilização de sua mão de obra ou a própria percepção da função dos escravos, e assim, as formas de exercício de poder senhorial e de dominação, são profundamente alteradas. Como salienta Max Weber⁴⁶⁴, a cidade oferece novas possibilidades de utilização dos escravos pelos senhores, redimensionando as formas como se estruturavam essas relações em todos os seus espectros (sociais, de trabalho e produção, econômicas etc.).

Para Weber, essas são circunstâncias bem características das cidades-estado (*polis*) do mundo antigo, mas que ocorrem, aparentemente com bastante frequência, nos usos da escravidão urbana moderna. Nesse sentido, o contexto urbano de Portugal, especialmente em

⁴⁶³ SOUZA LIMA, A. C. - Tradições de Conhecimento para a Gestão Colonial da Desigualdade. Reflexões a partir da Administração Indigenista no Brasil In: C. Bastos; M. V. Almeida & B. Bianco (coords.). *Trânsitos Coloniais: Diálogos Críticos Luso-Brasileiros*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2001. p. 151-172.

⁴⁶⁴ WEBER, M. - *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, UnB, 1999-2000. p. 957-958.

Lisboa, e do Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, e em algumas cidades africanas, pode ser percebido como contexto escravocrata urbano característico da modernidade.

As primeiras concepções do direito do trabalho, como hoje se conhecem, começaram a surgir em fins do século XVIII, embora seu aparecimento, segundo Moraes Filho, seja produto recente, típico do século XIX, “como um ramo novo da comum ciência jurídica, com características próprias e autonomia doutrinária” ⁴⁶⁵. Em relação às antigas civilizações, embora tenham sido precursoras da disciplina social, não possuíam um direito do trabalho sistematizado e doutrinariamente autônomo. Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho, em aspecto pejorativo, envolvia somente a força física e que a dignidade do indivíduo consistia em fazer parte dos negócios da cidade pela palavra. Pode-se lembrar, destas priscas eras, o regime de castas, as corporações romanas e o trabalhismo medieval como sistemas sociais de âmbito trabalhista; e no feudalismo, a servidão na prestação de serviços.

Dessa maneira, o trabalho sempre esteve presente na vida do homem. Ao longo de sua evolução, a disciplina apresentou terminologias variadas, utilizadas diferentemente nas distintas etapas da evolução correspondente ao sistema jurídico, e hoje já superadas: legislação do trabalho, legislação industrial, direito operário, direito industrial, direito corporativo, direito social e direito sindical, todas elas referindo-se ao trabalho subordinado, que rege as relações de trabalho privado em sua essência; ele é aplicável também ao empregador, e trata das relações entre empregador e empregado.

Por volta de 1912, surgiu na Alemanha a expressão direito do trabalho, sendo usada em vários países até hoje. A fixação da terminologia direito do trabalho é decorrente do fato de que este ramo do Direito conquistou autonomia própria, abrangendo, inclusive, subdivisões constituídas, tais como direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, o direito público do trabalho, o direito processual do trabalho e o direito internacional do trabalho, confirmando o sentido universal das normas jurídicas pertinentes às relações de trabalho para além de um conjunto de regras, conforme assinala Gomes, em dois momentos aqui reproduzidos:

“Se há uma disciplina que ordena, sistematiza e explica as regras que informam a relação de trabalho, deve ser chamada de Direito. [...] O Direito do trabalho é o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre os empregadores privados – ou equiparados – e os que

⁴⁶⁵ MORAES FILHO, E. - *Tratado Elementar de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1984. p. 69.

trabalham sob sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele⁴⁶⁶”.

Para Sússekind⁴⁶⁷, as relações jurídicas provenientes do trabalho como atividades profissionais, estabelecem o seu próprio conteúdo, e daí advém a opção do jurista pela utilização da denominação direito do trabalho em um sentido menos amplo, pois outras regras aí não se encaixam.

Modernamente, o direito do trabalho é assim conceituado por Martins:

“[...] o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas⁴⁶⁸”.

Já para Diniz,

“O direito do trabalho disciplina relações entre empregador e empregado, caracterizadas pela sua natureza hierárquica permanente, abrangendo normas, instituições e princípios relativos à organização do trabalho e da produção e à condição social do trabalhador assalariado. Tutela relações de autonomia entre pessoas privadas, mas também relações de subordinações nas quais o Estado e os sindicatos impõem deveres aos entes privados. Tem por finalidade a proteção do operariado, evitando sua exploração pelo economicamente mais forte e promovendo condições para melhorar seu nível de vida, equilibrando forças economicamente desiguais. A legislação trabalhista, ao assegurar ao operário certas vantagens legais, tem por escopo compensar-lhe as deficiências econômicas⁴⁶⁹”.

Considerando que o Direito é uma ciência cultural, e reflexo das atividades sociais do homem, essa área sofre, portanto, a pressão dos fatos sociais com as correlatas consequências que engendram o delineamento de normas jurídicas. O mesmo ocorre no direito do trabalho. Conforme o entendimento de Nascimento⁴⁷⁰, é imprescindível (na procura do exato conceito de direito do trabalho) tecer algumas verificações preliminares, como os sujeitos dessas relações jurídicas, o tipo de trabalho objeto de tais relações e a concepção de trabalho do intérprete que o conceitua.

Destaca-se, de tal modo, o humanismo jurídico, que vê no homem a meta de todas as coisas e seu princípio protetor como base do direito do trabalho, bem como as doutrinas sociais e seus princípios, cujo papel foi fundamental na criação do direito do trabalho. Trata-se de uma normatização para o trabalho subordinado, na qual os sujeitos envolvidos, como, por exemplo, empregadores e empregados, são levados à convivência harmônica e à proteção.

⁴⁶⁶ GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. - *Curso de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 41, 86.

⁴⁶⁷ SÚSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S.; TEIXEIRA, L. - *Instituições de Direito do trabalho*. Vol. 1, 21.^a ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 40.

⁴⁶⁸ MARTINS, S. P. - *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 18.

⁴⁶⁹ DINIZ, M. H. - *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 248.

⁴⁷⁰ NASCIMENTO, A. M. - *Conceito Contemporâneo de Direito do trabalho*. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 15^a Região. Campinas: Revista da PRT15, n 1, 1999.

Para Süsssekind, direito do trabalho “é o conjunto de normas jurídicas que regulam, na variedade de seus aspectos, as relações de trabalho, sua preparação, seu desenvolvimento, consequências e instituições complementares dos elementos que nelas intervêm⁴⁷¹”. Logo, é competência do Estado intervir, e buscar assumir seu papel de provedor de equilíbrio social, orientando a ação individual em benefício do interesse coletivo, através de resoluções pautadas pela nova ordem de ordenamento legislativo.

Ao longo da História, influências interessantes pautaram a legislação trabalhista, voltadas para o social e apoiadas em pensamentos políticos socialistas e comunistas, tais como o Manifesto Comunista de Marx e Engels (1848) e a Conferência de Berlim, de 1891. Havia um clamor pelo direito trabalhista, então necessário. Ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1919, surgiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT), construída sob a égide dos princípios do Tratado de Versalhes⁴⁷².

Para Süsssekind⁴⁷³, a nomenclatura moderna do direito do trabalho tomou forma através da atuação da OIT. Também é digna de referência a trajetória constitucionalista na acomodação do direito do trabalho, na qual figuram os direitos fundamentais. Ressalta-se nessa esteira constitucionalista a influência das Cartas Magnas do século XVII, da Inglaterra e da França, a Petição de Direitos (1628), a Lei de *Habeas-Corpus* (1679), a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1688) e a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776). Trata-se de contribuições normativas voltadas à equidade nas sociedades constituídas por homens livres. “Daí para frente, o direito do trabalho encontrou campo para se desenvolver com características próprias e em base doutrinariamente autônomas”⁴⁷⁴, conforme observa Nascimento.

Considerando que o direito do trabalho começou a tomar forma após a criação da OIT, merecem destaque os preceitos para proteção da pessoa humana, a saber, a Convenção sobre a Escravatura (1926); a Convenção nº 29, sobre Trabalho Forçado (1930); a Convenção nº 95, sobre Proteção do Salário (1949); a Convenção nº 98, sobre sindicalização e negociação coletiva (1949); a Convenção nº 100, sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor (1951), que instituiu que todos os trabalhadores devem ter o mesmo tratamento, não importando o gênero; a Convenção nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado (1957); a Convenção nº 111, sobre A Discriminação em Matéria de

⁴⁷¹ SÜSSEKIND, A., et al. *Op. cit.*, 2003, p.107.

⁴⁷² GOMES; GOTTSCHALK. *Op. cit.*, p. 1990.

⁴⁷³ SÜSSEKIND, A., et al. *Op. cit.*, 2003, p. 107.

⁴⁷⁴ NASCIMENTO, W. V. - *História do Direito*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 98.

Emprego e Profissão (1958); a Convenção nº 138, sobre a idade mínima de admissão ao emprego (1973); e a Convenção nº 138, sobre as piores formas de trabalho das crianças (1999)^{475, 476, 477}.

Segundo Alvarenga⁴⁷⁸, as Convenções criaram um ambiente favorável para o fortalecimento de princípios fundamentais da OIT, como:

- a) promover a liberdade em ambiente coletivo de instituição e participação em associação sindical;
- b) proteger o direito de negociação coletiva;
- c) banir qualquer tipo de trabalho forçado ou obrigatório;
- d) eliminar o trabalho infantil; e
- e) findar com a discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Por certo, a partir do impulso conferido pela doutrina da OIT, o trabalho passou a não mais significar a exploração do ser humano, mas sim um exercício de liberdade e de cidadania, favorecendo a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, aliada ao fortalecimento das democracias e de suas doutrinas jurídicas trabalhistas domésticas.

5.2 NOVA ORDEM NO MERCADO DE TRABALHO

O mundo caminha cada vez mais para a automatização de sistemas tecnológicos, reduzindo gradativamente a mão de obra humana, o que resulta numa maior exigência na capacidade profissional dos empregados. Novas categorias profissionais surgem, enquanto outras desaparecem, devido a uma razão direta da introdução de um mercado de trabalho extremamente modificado em poucas décadas por meio de alterações dos modos produtivos industriais e dos avanços tecnológicos, assim como devido aos fenômenos político-econômicos decisivos de um novo sistema de relações laborais, advindos da nova ordem econômica mundial, entendida como globalização.

Para Süsssekind *et al.*⁴⁷⁹, tornou-se necessária a adoção de outra perspectiva em relação ao comportamento do mercado de trabalho, sobretudo no que diz respeito à relação

⁴⁷⁵ GONÇALVES, B. S. - *Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente*. São Paulo: Instituto Ethos, 2011.

⁴⁷⁶ OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *OIT-Lisboa: Trabalho digno para todos*. 2015. [Em linha]. [Consult. 11 julho 2015]. Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm.

⁴⁷⁷ Para maiores detalhes sobre tais convenções, ver capítulo 2 do presente estudo, especificamente no subitem “2.3 Direitos Humanos e o constitucionalismo”.

⁴⁷⁸ ALVARENGA, R. Z. - *A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos do Trabalhador*. *Aduaneiras*, n. 170407, maio/2007. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/170407a.pdf>.

entre empregador e empregado, haja vista que o trabalho como sinônimo de estabilidade já não existe mais. Dessa forma, o ordenamento sistemático do Direito também necessita acompanhar essa nova ordem do mercado de trabalho. Ordem perante a qual o direito do trabalho, com o mote de proteger o indivíduo trabalhador, não pode ficar inerte, a fim de buscar a instituição de uma igualdade verdadeira e fundamental para o amparo do trabalhador.

A sociedade industrial assentou-se em valores morais, familiares e comunitários que apontaram para a volta dos livres mercados e para o neoliberalismo, fundamentados culturalmente em grandes polos consumidores que mostraram o triunfo do indivíduo sobre a sociedade. Para Nassar⁴⁸⁰, o neoliberalismo se inseriu no direito do trabalho, posto haver novas necessidades em uma nova relação de trabalho entre empregador e empregado, vinculando a legislação necessária a proteger o empregado em ambiente um econômico com menos influência do Estado.

A ótica neoliberalista promoveu a queda do protecionismo patriarcal do empregador que, para se manter competitivo no mercado globalizado, passou a focar na produtividade, abraçando novas tecnologias e buscando a contratação do melhor profissional para cada cargo. Uma postura desprovida de humanismo, ética ou moral, na qual o empregado é considerado um meio e não um fim, porém, uma postura de sobrevivência empresarial.

A este respeito, esclarecem Sússekind *et al.*:

“Mesmo os adeptos do liberalismo já se apercebiam de que o Estado se afastava de sua missão de fazer inseparáveis o bem individual e o bem coletivo. [...] Em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se, entretanto, o legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica⁴⁸¹”.

Desse modo, tornou-se importante a atuação do direito do trabalho para a manutenção das conquistas sociais, combatendo o comportamento do empregador que ferisse a dignidade humana do empregado, seja em relação ao tratamento, a salário, às condições de trabalho, seja à efetivação do acordo de contrato de trabalho, entre outros aspectos⁴⁸².

Em razão das alterações ocorridas na realidade social, determinadas pelo processo de globalização e implementadas no campo das relações entre o capital e o trabalho, surge a discussão acerca da flexibilização das relações de trabalho. Flexibilizar significa tornar flexível, entendendo-se como tal aquilo que se pode dobrar ou curvar. Verificou-se então uma adaptação do direito do trabalho à nova realidade da relação entre empregador e empregado.

⁴⁷⁹ SUSSEKIND *et al.* *Op. cit.*, 2003, p. 38-39.

⁴⁸⁰ NASSAR, R. N. S. - *Flexibilização do Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

⁴⁸¹ SUSSEKIND *et al.* *Op. cit.*, 2003, p. 38-39.

⁴⁸² *Idem*, p. 38-39.

É inegável a função social do direito do trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito. Sua função social é fornecer equilíbrio e convivência pacífica aos fatores de produção: empresa, capital e trabalho. Assim, quaisquer vicissitudes de políticas econômicas, boas ou más, refletirão diretamente no direito do trabalho, que foi concebido sob a ótica de um trabalhador fragilizado ante o poderio econômico, buscando normatização protecionista, condizente com a realidade, através da Justiça do Trabalho. Trata-se de uma relação calcada na subserviência, como visto no segundo capítulo do presente estudo⁴⁸³.

Por certo, o direito do trabalho contemporâneo, espelhando-se no fato social, deve visar à integração entre empregador e empregado, minar as resistências e eliminar os excessos, em um processo que poderia ser nomeado de reengenharia. Esse processo tem por fim, sobretudo, aprimorar as relações laborais, sem afastar-se da busca democrática de uma estrutura político-econômica que valoriza os direitos fundamentais. A flexibilização se estabeleceu como uma necessidade do direito do trabalho, estabelecendo novos padrões políticos, sociais e culturais.

5.3 EMPREGADOR COM MAIOR NÍVEL DE SELETIVIDADE

Após a globalização, houve a largada para um novo processo produtivo e, correlativamente, para novas exigências profissionais. De um lado, empresas necessitando de nível alto de competitividade para a sua manutenção no mercado e, do outro, os empregados vivendo também novas exigências, no caso, a busca pelo aprimoramento contínuo profissional para a manutenção de sua atividade no mercado de trabalho.

A grande consequência decorrente do avanço tecnológico e das mudanças a ele inerentes foi a revisão dos métodos tradicionais de trabalho, das metas, das formas de produção e do aprofundamento das questões educacionais ligadas ao treinamento de pessoal⁴⁸⁴.

Para a OIT, a competência é um dos aspectos da abrangência dos conhecimentos e das habilidades de capacidade potencial do trabalhador. Trata-se da capacidade real deste de atingir um objetivo ou um resultado num determinado contexto⁴⁸⁵.

Com base nessa segmentação, Bruno⁴⁸⁶ apresenta quatro divisões no interior da classe trabalhadora, conforme ilustração da Figura 2.

⁴⁸³ Ver subitem “2.2 Relações de Trabalho”.

⁴⁸⁴ LEITE, L. M. - Reestruturação produtiva, trabalho e qualificação no Brasil. In Bruno, L. (Org.). *Educação e trabalho no capitalismo contemporâneo: leituras selecionadas*. São Paulo: Atlas, 1996.

⁴⁸⁵ RODRIGUES, M. V. C. - *Qualidade de vida no trabalho*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

⁴⁸⁶ BRUNO, L. (Org.) - *Educação, qualificação e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1996.

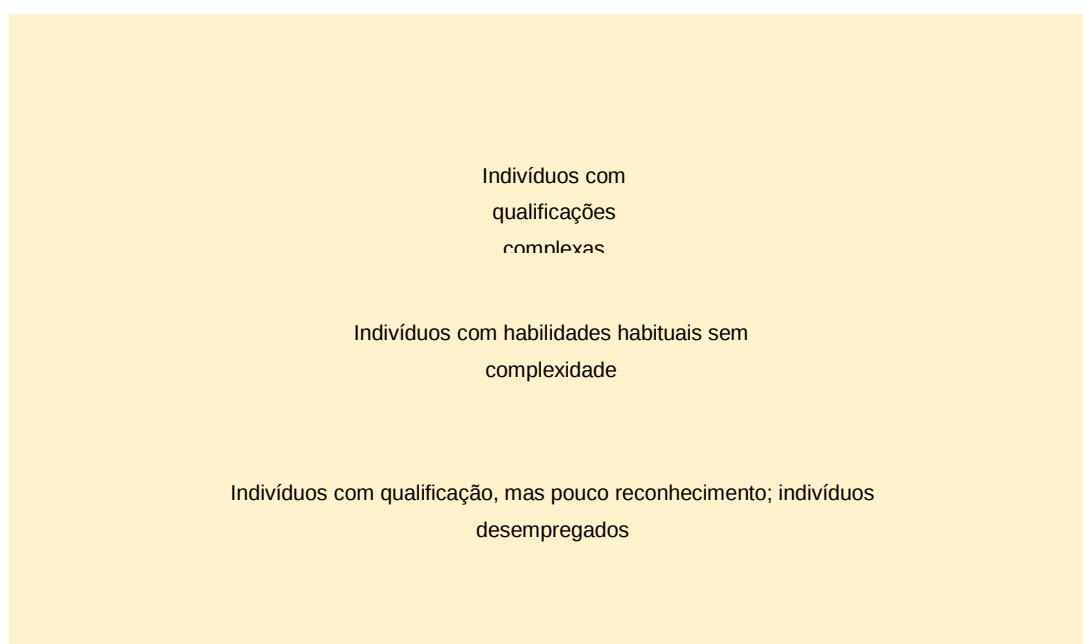


Figura 2 - Divisões no interior da classe trabalhadora⁴⁸⁷.

Deluiz⁴⁸⁸ esclarece que a questão é estabelecer a qualificação clara do trabalhador e como se implanta em um conjunto de capacidades e habilidades, saberes e conhecimentos que procedem de várias instâncias, a saber: da formação geral, da formação profissional e do conhecimento de trabalho e social. Assim, é possível avaliar o nível de competitividade do trabalhador que, com o novo formato de mercado, deve ter capacidade profissional para tanto. Entende-se por competitividade a capacidade de o indivíduo trabalhar melhor que os outros, adotando um olhar comparativo entre os demais trabalhadores. É uma situação comum num processo de seleção de candidatos à vaga de emprego.

Decerto, o mercado de trabalho contemporâneo exige um “pensar” de que o empregado deve “saber fazer”, o que o impulsiona a ser cada vez mais capacitado para suas funções. Seu potencial profissional tende a valorizá-lo em um ambiente de seleção de candidatos a emprego. Portanto, quanto mais qualificado for, mais chances terá de obter o emprego; quanto menos qualificado for, menor será essa chance. Assim, o empregador elege como melhor candidato o indivíduo que acompanha a evolução dos processos produtivos e dispõe de conhecimento prático e teórico.

⁴⁸⁷ *Idem.*

⁴⁸⁸ DELUIZ, N. - *Formação do trabalhador: produtividade & cidadania*. Rio de Janeiro: Shape, 1995.

Todavia, as exigências no processo seletivo do empregador não se encerram na capacidade profissional do candidato ao emprego, pois, por vezes, se estende também para a avaliação sobre a sua condição física. É nesse viés que se encontram as aplicações de exames médicos em processo seletivo de emprego, exames esses realizados conforme exigência e desejo do empregador.

As exigências de um processo seletivo estão vinculadas às competências éticas do empregador; são eleitos os critérios para a seleção dos candidatos e, com isso, os meios para a efetivação do emprego. A dimensão da ética aqui é igual a uma promessa, uma palavra dada seguida por um comportamento⁴⁸⁹.

5.4 PROCESSO SELETIVO DO EMPREGADO E O TESTE DE SEQUENCIAMENTO GENÉTICO

Apesar da medicina preditiva, possuir inúmeras vantagens, pode também ocasionar vários danos por conseguir diagnosticar, previamente as características hereditárias dos indivíduos antes que se cheguem a revelar, o que pode ocasionar consequências negativas. Neste caso, as entidades patronais, que possuam interesse na situação de saúde atual ou futura de um trabalhador, pode buscar ter acesso aos dados genéticos deste indivíduo. Com a concepção de evitar riscos, faltas, subsídios e outros encargos, as entidades patronais buscam querer saber as doenças que os trabalhadores poderão vir a desenvolver.

Desta forma, uma das desvantagens do Projeto Genoma é efetivamente, aumentar o número de informações que podem ser obtidas pelas entidades, gerando assim uma nova forma de discriminação social no local de trabalho.

Desta forma, passamos a questionar: tem o empregado a obrigação de revelar a informação sobre a sua predisposição para certas doenças? Além disso, tem o empregador o direito de obrigar que o candidato ao emprego ou o trabalhador realize testes genéticos para garantir sua vaga ou seu trabalho? Note-se que não estamos perguntando sobre a monitorização genética, que versa sobre à concretização de ações medicinais no trabalho de forma a serem percebidas ações nocivas no local de trabalho em que a empresa precisa tomar os procedimentos de higiene e segurança adequados. Os dados biológicos recolhidos dos

⁴⁸⁹ RICOEUR, P. - *Tempo e a Narrativa*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

empregados não podem ser utilizados para finalidades diferentes dos pretendidos com a monitorização, precisando ser eliminados imediatamente após o seu uso⁴⁹⁰.

“De uma maneira geral, o exame do genoma humano possibilita um conjunto de melhorias significativas na área do direito, nomeadamente:

- a) assegurar que o trabalhador está em boas condições de saúde para realização das suas tarefas;
- b) prevenir faltas e correlativas consequências;
- c) evitar encargos que se venham a demonstrar inúteis na especialização do trabalhador;
- d) limitar as despesas na saúde e subsídios de invalidez ou morte;
- e) impedir que as predisposições genéticas do trabalhador sejam agravadas em virtude de condições específicas da sua actividade profissional;
- f) reduzir o risco de danos provocados a terceiros, causados por acidentes de trabalho decorrentes do estado de saúde do trabalhador. Cada uma delas dentro do interesse da entidade patronal, do trabalhador ou com o objetivo de tutelar terceiros⁴⁹¹”.

Assim sendo, tal informação é salutar ao empregado, visto que, lhe permite cuidar melhor de sua saúde. Porém, é uma vantagem que ocasiona alguns problemas, sendo um deles, como será utilizada essa informação pela empresa. Ocorre que é dever das partes envolvidas se harmonizarem, usando a informação recolhida de forma justa e equilibrada, conforme as circunstâncias: O genoma humano, não pode ser do domínio exclusivo do indivíduo e também, não deve ser pertencente totalmente à sociedade.

Desta forma, nos questionamos: o empregado deve expor a sua informação sobre o seu quadro de saúde e terá a empresa o direito de obrigar a realização de exames sobre o genoma humano? Entendemos que depende, se estamos falando de doenças monogênicas, em que existe uma certa propensão deste mal se manifestar, e levando em consideração os deveres de obediência aos princípios da boa fé, o empregado precisa revelar estas informações sobre o seu quadro de saúde atual e futuro, desde que estas informações não venham lhe trazer consequências de demissão em relação ao seu trabalho. Desta forma, conforme o artigo 97.º do Código de Trabalho e o artigo 19.º deste referido código, cabe à entidade patronal o direito de exigir da quem esta concorrendo a vaga de emprego ou ao trabalhador, informações sobre sua condição física ou psíquica, quando se prima pela proteção e segurança do empregado ou de terceiros.

Por outro lado, em relação a doenças genéticas, não nos parece razoável existir uma obrigação de prestar informação por parte do candidato ou empregado para a entidade patronal. Sendo que o empregador somente poderá buscar informação sobre o quando atual de

⁴⁹⁰ MORGADO, M. F. - *Intervenções no genoma humano: problemática ético- jurídica*. Revista Jurídica Luso Brasileira - ISSN 2183-539X, 2016.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 25.

saúde, do candidato ou empregado. Esta forma precisa ser seguida, tendo em vista que a predisposição genética é simplesmente probabilística, desta forma, não é sensato negar emprego a indivíduo portador de genes deficientes que, podem nunca se revelar.

Por conseguinte, apesar da empresa ter o direito de buscar pelo candidato mais adequado a vaga de emprego, não lhe cabe se inserir na vida íntima e privada do candidato por meio de um teste genético. O candidato ou empregado possui o direito a não ter acesso ao seu genoma, direito que está relacionado com a identidade pessoal e intimidade da vida privada e pessoal. Desta forma, tem direito ao trabalho, conforme art. 58.º da Constituição Portuguesa, ao passo que a predisposição genética não pode ser meio limitativo ao direito fundamental ao trabalho. Em uma sociedade que se apresenta como livre e democrática estaria tornando o indivíduo prisioneiro de seu próprio genoma, se impossibilitar o acesso ao mercado de trabalho, por meio discriminatório de seu quadro de saúde⁴⁹².

O ato de trabalhar confere ao indivíduo tanto liberdade como identidade, e configura-se num fator que influencia diretamente na preservação da dignidade humana. Destarte, o trabalho é parte da normativa constitucional, tanto em Portugal (artigo 58.º) como no Brasil (art. 1.º, inciso IV, e art. 170); trata-se de um direito e de uma liberdade o exercê-lo.

Mesmo com importância normativa reconhecida, o trabalho implica uma relação entre duas frentes, empregador e empregado, e essa relação apresenta raízes históricas quanto a práticas de subserviência do empregado, conforme visto no segundo capítulo do presente estudo⁴⁹³.

Assim sendo, empregador e empregado posicionam-se em lados distintos, dotados de distintas hierarquias, com a submissão do empregado às regras do empregador e, portanto, a conformar o lado mais frágil da relação. Situação essa que, contemporaneamente, fica mais evidente ao tempo da fase de seleção de candidato.

A autonomia na fase de seleção de candidato permite ao empregador eleger fatores de triagem, incluindo traços de diferença entre os candidatos, como, por exemplo, características genéticas, raça, cor, idade, sexo, religião, entre outros. Na verdade, para que a autonomia do empregador não atinja negativamente a dignidade humana do trabalhador, devem-se ter como premissa de seleção as aptidões profissionais do candidato e a sua capacidade e aptidão física para o cargo pleiteado, sem a incursão em exames médicos para investigações de cunho discriminatório, como averiguação do HIV ou características

⁴⁹² MORGADO, M. F. – *op. cit.*, 2016.

⁴⁹³ Ver subitem “2.2 Relações de Trabalho”.

genéticas (com generalidade para toda e qualquer profissão). Portanto, o empregador não deve ultrapassar os limites do razoável no que diz respeito às informações de foro íntimo e privado do candidato.

Nas palavras de Moraes Junior:

“[...] independentemente do método de seleção adotado, existe limitação para que não transborde em ofensa a direitos do candidato, considerando-se a questão ética, com limitação da avaliação à verificação referente à aptidão profissional do candidato para execução das funções. A opção é conferida ao empregador em nome da liberdade de contratação. [...] Somente em casos excepcionais as informações sobre a esfera privada do empregado podem ser acessadas, mormente quando forem relevantes para a execução das funções que serão executadas⁴⁹⁴”.

Nessa instância, o empregador precisa adotar mecanismos eficientes de seleção de candidatos, mecanismos que sejam importantes para o alcance de suas metas produtivas e lucrativas, mas que assegurem a perpetuação do princípio da igualdade no mercado empregatício. Cabe, portanto, ao empregador efetivar a igualdade de oportunidades no emprego, compactuando com a ideia de fornecimento de reais oportunidades para o desenvolvimento do ser humano, cumprindo com o preceito de proteção da dignidade humana⁴⁹⁵.

Deste modo, as exigências para a seleção de candidatos por parte do empregador devem estar pautadas pelo preceito da boa-fé, justamente para que haja uma harmonia com o preceito da dignidade humana. Consulta de currículos, execução de testes, exames médicos e entrevistas são mecanismos eficientes para a seleção de candidatos, mas em um campo mais aberto, regido pela lógica do empregador, com imposições de seus desejos e de suas necessidades, há a possibilidade de incidência de efeitos discriminatórios na seleção.

Para Coutinho,

“Discriminação pressupõe um tratamento diferenciado, atribuído a uma pessoa ou grupo social, comparativamente desfavorável, e por isso tem como efeito alterar ou destruir a igualdade de oportunidades em matéria de emprego, ou profissão, conforme alude a Convenção nº 111, da OIT. Isso significa que, se o ato de distinguir ou preferir, referente à pessoa, em face de sua origem, raça, sexo, cor, idade, estado de saúde, ou quaisquer outras formas de distinção, provocar desigualdades de oportunidades e de tratamento, esse ato, por ferir o princípio da igualdade e da não discriminação é vedado por lei, ou seja, é ato ilícito, em muitos casos, tipificado no ordenamento jurídico como crime⁴⁹⁶”.

⁴⁹⁴ MORAES JUNIOR, A. S. - *A informações genéticas e o direito fundamental do trabalho: a discriminação e o consentimento livre e esclarecido*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2014. Dissertação de Mestrado. p. 77.

⁴⁹⁵ COUTINHO, M. L. - *Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e a promoção de igualdade de oportunidades*. Brasília: OIT, 2005. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.

⁴⁹⁶ *Idem*. p. 31.

Por certo, um processo de seleção desprovido de boa-fé pode forjar posturas discriminatórias, urdidas a partir de escolhas fundadas em características genéticas, raça, cor, idade, sexo, religião, entre outros demarcadores.

Moraes Junior anota:

“A vulnerabilidade do trabalhador é a tônica em qualquer momento do contrato e, em razão disso, foi construída no direito do trabalho, situação que se assemelha à do consumidor, que acarretou a construção da legislação protetiva correspondente. Isso ocorre mesmo antes do início do contrato, na fase pré-contratual, pois nela a aflição motivada pelo desemprego faz com que, em muitas ocasiões, o trabalhador (candidato) venha a ser submetido a processo de seleção além do razoável. Assim, para que não descambe para o ilícito, é importante que regras de conduta e princípios sejam observados⁴⁹⁷”. (Grifo do autor).

Nessa conjuntura, a fase de realização de testes de sequenciamento genético precede ao momento de firmamento do contrato. Trata-se de um momento pré-contratual, incidindo sobre ele a responsabilidade civil extracontratual, pois ainda não há um vínculo jurídico estabelecido pelo contrato. Considerando que ainda não existe tal vínculo, o empregador detém autonomia para eleger os quesitos necessários à escolha do candidato à vaga de emprego. Dessa forma, conforme esclarece Silva⁴⁹⁸, desta relação inicial, entre futuro empregador e possível candidato a emprego, ainda sem possibilidade de infração contratual, decorre o princípio da boa-fé, estabelecido por meio de uma conduta responsável por parte de ambos os lados.

Segundo Prata,

“A verdade é que nos dias de hoje a realidade que se visa proteger com este tipo de responsabilidade é muito maior, pois engloba uma variedade de situações possíveis como a ruptura das negociações ou, até mesmo, a susceptibilidade de uma das partes de um contrato válido e eficaz ser obrigada a indenizar a outra pelo desrespeito dos deveres impostos pelo padrão geral da boa-fé⁴⁹⁹”.

A responsabilidade pré-contratual não implica rigor jurídico, nem em Portugal, nem no Brasil, justamente por não estar atrelada a um contrato, este sim com o devido respaldo legislativo^{500,501}. Logo, é a boa-fé que estabelece a colaboração na relação pré-contratual na

⁴⁹⁷ MORAES JUNIOR. *Op. cit.*, 2014, p. 94.

⁴⁹⁸ SILVA, H. M. S. - Danos Morais na fase pré-contratual das relações individuais trabalhistas. *Anais. Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-graduação em Direito*, Salvador, p. 5.189-5.208, 2007. [Em linha]. [Consult. 14 de julho de 2015]. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf.

⁴⁹⁹ PRATA, F. A. C. - *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado: Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28478/1/Responsabilidade%20pre-contratual%20por%20ruptura.pdf>. p.13.

⁵⁰⁰ *Idem*. p.13.

⁵⁰¹ SILVA. *Op. cit.*, 2007, p.5189-5208.

busca pela satisfação do possível empregador e do candidato a emprego, impedindo lesões de âmbito jurídico para qualquer uma das partes.

Para Silva,

“Na esfera das negociações preliminares que pretendem a celebração do contrato de trabalho é evidenciada, principalmente no momento da entrevista. Eventual dano decorrente desse momento envolverá agente e vítima na condição jurídica de trabalhador e empresa-empregadora, violando-se o princípio da boa-fé não como um direito geral e absoluto, mas como um direito relativo aos pré-contratante⁵⁰²”.

Acrescenta-se, também, com base em Coelho⁵⁰³, que a legislação trabalhista contemporânea abrange uma problemática, já que o candidato ao emprego está posicionado de maneira fragilizada, propício a aceitar e consentir na realização de exames médicos e demais solicitações do empregador no processo seletivo, mesmo que essas exigências ultrapassem os limites do razoável no âmbito das suas informações de foro íntimo e privado.

Para Simón⁵⁰⁴, os limites do razoável comportam:

- a) solicitação de documentação, como diplomas, certificados, atestados de trabalho anterior, todos os dados relativos à sua capacidade profissional;
- b) não uso de perguntas nas entrevistas acerca de posições políticas e filosóficas, sexualidade, religião, vínculo sindical, dependência química, doença própria ou de familiares e esterilização;
- c) não avaliação de gênero e raça;
- d) não solicitação de exames de saúde, como os de gravidez e de sequenciamento genético.

Tal interpelação junto ao candidato só pode ultrapassar os limites do razoável quando suas informações de foro íntimo e privado forem de relevância para o cargo pleiteado ou forem importantes para a proteção do candidato ou de terceiros, porém, sem deixar de lado uma postura ética⁵⁰⁵. Contudo, essas exceções para a consulta de informações da personalidade do candidato ao emprego abrem um precedente para a prática descabida dessas ações, pois é o empregador quem escolhe os critérios para a seleção do candidato ao emprego. E é justamente pela vontade de encontrar o candidato mais qualificado que o empregador viola a intimidade e a privacidade dos candidatos em seleção de emprego.

⁵⁰² *Idem*, p. 5.197.

⁵⁰³ COELHO, L. A. T. - *Responsabilidade Civil Pré-Contratual em Direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.

⁵⁰⁴ SIMÓN, - *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTR, 2000. p. 30 -52.

⁵⁰⁵ *Idem*, p. 30 -52.

Por isso, Coelho⁵⁰⁶ acredita que devam ser proibidos os exames que capturem informações da personalidade do candidato ao emprego, as quais não sejam relativas à sua esfera profissional e à sua aptidão física, tais como, por exemplo, os exames de gravidez, de HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) e de sequenciamento genético. Assim, a proibição dos exames de foro íntimo sanaria a problemática da fragilidade do candidato ao emprego, evitando a sua eliminação no processo seletivo devido à discriminação com base em informações da personalidade, prevalecendo os princípios da dignidade humana.

Conforme Coutinho,

“Quanto aos aspectos jurídicos da proteção à intimidade do trabalhador, o empregador não deve, por ocasião do exame admissional e periódico, pretender que seja investigada sua possível qualidade de enfermo. Esse procedimento tem em vista apenas avaliar a “capacidade ou aptidão física e mental do empregado para função que deva exercer” [...], e não deve servir de instrumento para práticas discriminatórias e limitativas do acesso ao emprego, ou sua manutenção⁵⁰⁷”.

No caso da falta de boa-fé do empregador em processo seletivo de candidatos a emprego, no qual são adotados exames de saúde diversos, as doenças como HIV ou LER (lesão por esforço repetitivo), ou mesmo as características genéticas, poderão ser um fator decisório para a eliminação de candidato à vaga de emprego.

Oliveira Neto esclarece a situação em apreço:

“O estado de saúde do trabalhador também pode ser fundamento para práticas discriminatórias pelo empregador. Casos de empregados portadores de patologias ligadas diretamente e indiretamente ao trabalho, como LER e AIDS, são a causa da não contratação ou da rescisão de contratos de trabalho⁵⁰⁸”.

A eliminação de cunho discriminatório por doenças (HIV, LER etc.) ou características genéticas (predisposição para doenças no futuro) remete à eleição de uma incapacidade do candidato ao emprego, a qual não leva em conta a sua aptidão profissional. Há uma observância, por parte do empregador, das condições físicas, e não da capacidade profissional do candidato ao emprego.

De acordo com Coutinho,

“Somente com o surgimento do direito do trabalho, as enfermidades deixaram de constituir forma de descumprimento de obrigação. A partir daí, procurou-se, por meio da legislação trabalhista e previdenciária, garantir o emprego e o salário, mesmo sem a efetiva prestação de serviços por parte do empregado acometido de doença. Contudo, a nova ordem jurídica trabalhista, protetora do emprego e do salário do empregado, não foi capaz de impedir que o empregado doente enfrentasse

⁵⁰⁶ COELHO. *Op. cit.*, 2008.

⁵⁰⁷ COUTINHO. *Op. cit.*, 2005, p. 107.

⁵⁰⁸ OLIVEIRA NETO, A. E. - O Princípio da não discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.176, 20/09/2006. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8950>. p. 3.

o preconceito ou a discriminação, mesmo que seu quadro clínico não comprometesse sua capacidade laboral, e, tampouco, colocasse em risco a integridade física de seus colegas de trabalho, como é o caso dos trabalhadores hansenianos, portadores do vírus HIV/Aids e acometidos de LER⁵⁰⁹”.

No âmbito do exame de sequenciamento genético, a inexistência de lei para a sua proibição em um ambiente de seleção de candidato acomoda-se apenas no preceito da boa-fé por parte do empregador no tocante à condução de seu comportamento nesse processo.

“De acordo com a aplicação do princípio da boa-fé e da compreensão da relação obrigacional como um processo complexo, e também diante do fato de que um dos alicerces da responsabilidade pré-contratual é a confiança decorrente do comportamento objetivamente considerado, desnecessário se cogitar da existência de culpa, mesmo em sentido lato, para se concluir pela responsabilidade pré-contratual na esfera do direito do trabalho. O dano pode decorrer de ato culposos, mas não é exigência para se caracterizar a responsabilidade pré-contratual, na medida em que o comportamento contrário à boa-fé viola deveres de conduta e, independentemente de culpa, enseja a reparação do dano resultante⁵¹⁰”.

A condição de vulnerabilidade do candidato a emprego faz com que ele seja condescendente com os métodos de seleção, pois o desejo maior é a contratação, e esse desejo se sobrepõe ao de contestação sob a forma eleita para a seleção. Daí advém o consentimento da oferta de informações privadas, incluindo as informações genéticas. Na ótica do candidato ao emprego, não ofertar informação ou questionar o processo seletivo pode ocasionar sua eliminação na seleção de emprego.

Decerto, nessa lógica da relação do empregador com o empregado no processo de seleção, há um ambiente favorável à solicitação de teste genético. Barbas confirma essa assertiva: “A medicina predizente, embora tenha inúmeras vantagens, pode acarretar graves prejuízos por permitir diagnosticar, de modo precoce, características hereditárias das pessoas” mesmo antes que elas se “cheguem a revelar”.

Alerta para o fato de que “as entidades patronais sentir-se-ão tentadas a querer saber” com algum tempo de antecedência as “doenças de que seus trabalhadores poderão vir a padecer” um dia mais tarde, podendo prevenir, assim, não só alguns riscos, mas também eventuais faltas e outros possíveis encargos. “O Projeto Genoma Humano vai aumentar de forma substancial a quantidade de informação que é susceptível de ser obtida”.

Barbas⁵¹¹ salienta que “a medicina preventiva abre a porta a novas diferentes formas de discriminação social em questões laborais”. E acrescenta que essa “discriminação de pessoas em função de seu genoma”, não só na celebração, como em plena constância dos

⁵⁰⁹ COUTINHO. *Op. cit.*, 2005, p. 98.

⁵¹⁰ BARACAT, M. - *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003, p. 224.

⁵¹¹ BARBAS, S. M. A. M. - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 567-568.

contratos de trabalho, “é, já, uma dura e constante realidade”. Elucida a sua afirmação exemplificando com os casos da anemia falciforme e da coreia de Huntington.

Por certo, o uso de teste genético no processo seletivo pode abrir espaço para a ocorrência da discriminação na seleção de candidato, e as características genéticas podem se tornar um alvo de escolha do novo empregado.

Para Coutinho,

“Como em qualquer tipo de discriminação a ser considerada (raça, sexo, cor, língua, religião, opinião pública etc.), a discriminação genética tem maior espaço para ocorrer entre as tratativas e a formalização dos contratos de emprego, quando, após conhecer e selecionar o candidato que atendeu à oferta, é exigido dele informações médicas, máxime a partir de exames. Com efeito, [...] **a fase pré-contratual é o momento no qual mais se presencia a discriminação nas relações de trabalho**, pois é comum que existam mais candidatos do que vagas, permitindo diversas opções de escolha para o empregador em relação aos candidatos ao emprego que ocuparão o posto de trabalho ofertado⁵¹²”. (Grifo do autor).

A relação entre empregador e candidato a emprego (ou mesmo já contratado) é norteadada pelo viés econômico, sendo o trabalho um benefício a ser negociado que deve gerar satisfação para ambos os lados. Isso não significa que o empregador, por ocupar o lado financeiro na relação, tenha o direito de violar os limites de respeito à dignidade humana e adotar uma conduta discriminatória, sobretudo por meio da realização de teste genético em seleções de candidatos a emprego⁵¹³.

Barbas, ao citar Luís Archer, destaca que “O acesso ao trabalho constitui um interesse público primordial.” E “para a maior parte das pessoas, é a única fonte de subsistência.” Fazer discriminação em virtude das “simples predisposições acarreta”, sem margem para dúvida, um “determinismo” que seria “negativo” para toda e qualquer sociedade. “A primeira decorrência” que daí resultaria “seria a criação de grupos de indivíduos discriminados e estigmatizados”, pois estariam “impossibilitados de aceder ao mercado de emprego”. “Todo aquele” que em virtude de um “critério mais ou menos arbitrário” fosse reputado de “inapto” teria apenas “como hipótese derradeira” procurar outra profissão. Esse indivíduo discriminado “nunca teria *permissão, autorização para entrar*”⁵¹⁴ (Grifo do autor).

Como mediar a conduta autônoma do empregador em processo de seleção de candidatos para evitar discriminação genética do trabalhador? Com certeza, o viés normativo pode interferir em tal mediação, estabelecendo limites para o uso de testes genéticos em

⁵¹² COUTINHO. *Op. cit.*, 2005, p. 95.

⁵¹³ OLIVEIRA, J. S.; HAMMERSCHMIDT, D. - Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 176-190, 2008. p. 176-190.

⁵¹⁴ BARBAS, *Op. cit.*, 2007, p. 598.

seleção de emprego e uma proteção à propriedade genética do empregado. Cabe aos diretórios legislativos conceber o empregado como um ser humano, e não só como um meio de obtenção da atividade laboral.

5.4.1 - ARGUMENTOS POSITIVOS PARA A UTILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO

Repise-se que, na atualidade, o mapeamento genético é alçado à pauta das agendas políticas, econômicas, sociais e culturais. Realidade mundial da qual não se retrocederá. De um lado, o acesso aos dados genéticos engendra grandes avanços e benefícios para a sociedade; de outro, provoca dilemas éticos e jurídicos, a exemplo da possibilidade de prática de atos discriminatórios e contrários à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, alguns fatos e fundamentos jurídicos podem ser mencionados para a utilização e para a não utilização da informação genética no âmbito laboral. As razões para o acesso dos caracteres hereditários do empregado podem ser delineadas a partir do interesse das distintas partes envolvidas na relação de trabalho, a saber, o empregador, o empregado ou o candidato a emprego, o terceiro, e a sociedade.

Em relação aos interesses do empregador, depreende-se que esses estão fundados, em um primeiro momento, na aferição de que o empregado, em sede de contratação ou já contratado, disponha de boas condições de saúde para o desempenho de suas atividades laborais.

Com a realização de um prognóstico sobre a saúde futura do empregado, o empregador busca reduzir riscos, gastos e outros encargos na empresa.

De acordo com Apostolides:

“O conhecimento do patrimônio genético do trabalhador ou do candidato a emprego é instrumento capaz de possibilitar essa redução, fato que o torna tão atraente aos olhos das entidades patronais. [...] Trata-se do interesse do empregador em avaliar o risco de contratação de determinada pessoa, que existirá com maior intensidade se, por exemplo, o candidato apresentar predisposição para o desenvolvimento de certa doença, uma vez que, a verificar-se tal doença, ele terá implicações financeiras evidente, resultantes, nomeadamente, da ausência ao trabalho ou da substituição do trabalhador⁵¹⁵”.

Com efeito, no cenário atual, pautado pela globalização, o olhar do empregador é direcionado à contratação e/ou à manutenção dos empregados mais rentáveis para a empresa. É de registrar-se que essa é a tendência das empresas contemporâneas. As adaptações ao novo padrão empresarial devem-se ao recrudescimento da força produtiva tecnológica global, com

⁵¹⁵ APOSTOLIDES, S. C. - *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 270.

avanços em tecnologia que se estendem desde a mão de obra do empregado até a significação e a valorização do seu próprio trabalho.

Com acesso aos dados genéticos dos empregados, é possível pensar em produtividade laboral, prevenção de faltas de empregados e seus desdobramentos, limite de subsídios por invalidez ou morte, redução de eventuais processos judiciais e suas consequentes indenizações, assim como direcionamento de gastos com treinamento e formação profissional para empregados em boas condições de saúde laboral.

Registre-se, ainda, o interesse do empregador na realização dos exames em avaliar os riscos, pois ele pode vir a responder por eventuais doenças ocupacionais e acidentes que o empregado sofrer. No Brasil, conforme será visto em tópico próprio, nem sequer se exige o nexo causal, bastando haver uma concausa na geratriz da doença ocupacional para que o empregador responda por danos morais, materiais e estéticos.

No que tange aos interesses do empregado, é possível sublinhar a proteção da própria saúde, com a utilização dos dados genéticos em seu benefício. Isso significa que através do mapeamento genético, o empregado pode valer-se dessas informações para fins de proteção da sua saúde, com a procura por um emprego em um ambiente de trabalho mais seguro para as suas condições.

Com isso, o empregado busca impedir que as suas predisposições genéticas para determinadas doenças sejam agravadas pelas especificidades e exigências de suas atividades profissionais. Aqui, percebe-se que os testes genéticos apresentam outro perfil, pois são realizados para a proteção da saúde do empregado, e não para atingir os interesses econômicos da empresa.

Por esse ângulo, os exames iriam permitir ao candidato ao emprego informações para a sua própria proteção e segurança no trabalho (em certas condições ao exercer a atividade, o empregado é exposto a agentes químicos, físicos e biológicos), cujo resultado possibilitariam “até um adaptação dessas condições, de forma a minimizar os riscos de exposição do trabalhador a certos factores que lhe sejam especialmente adversos⁵¹⁶”.

A Lei portuguesa 12/2005 admite a realização dos testes genéticos para proteger o trabalhador. Vale conferir o Artigo 13º, nº 3:

“Nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou susceptibilidade, ou afectar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, pode ser usada a informação genética relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que

⁵¹⁶ APOSTOLIDES, S. C. - *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 273.

tenha em vista a protecção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efectuado após consentimento informado e no seguimento do aconselhamento genético apropriado, que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio, e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral”.⁵¹⁷

Em relação aos interesses de terceiros, o principal deles é a redução de danos provocados a terceiros por acidentes de trabalho decorrentes do estado de saúde do empregado. Esses danos podem ocorrer tanto com colegas de trabalho quanto com usuários dos serviços e/ou produtos da empresa. “Procura-se evitar acidentes de trabalho nos quais outros indivíduos são vítimas em função de deficiente prestação do serviço devido a doença do trabalhador no exercício de uma função perigosa⁵¹⁸”, como, por exemplo, funções exercidas por pilotos de avião, motoristas de transporte público, taxistas, controladores de voos, pilotos aquaviários, entre outras.

Como requisito positivo para a segurança de terceiros acha-se a realização de testes genéticos. Apostolides esclarece:

“Trata-se dos casos em que a finalidade é a protecção e segurança de *terceiros*, que permite, por exemplo, justificar a realização de exames médicos para avaliar uma doença contagiosa que não tenha qualquer repercussão no exercício da atividade, mas que possa pôr em perigo a saúde de terceiros. Um exemplo dessa situação pode ser encontrado no art. 18º da Lei 35/2004, que estabelece a necessidade de realização de exames médicos de admissão para os trabalhadores no domicílio, cuja actividade envolva a utilização de géneros alimentícios, como forma de prevenir o contágio de terceiros através desses alimentos”⁵¹⁹.

Já o interesse da sociedade está diretamente relacionado à protecção e à prevenção da saúde no nível laboral. Trata-se de uma tentativa de redução da ocorrência de doenças ocupacionais. Para a sociedade, evitar que o ambiente laboral tenha repercussões negativas na saúde do indivíduo significa não apenas proporcionar um ambiente de trabalho saudável e seguro, mas, sobretudo, destinar atenção e verbas estatais para outras searas da vida social, tal como a educação.

5.4.1.1 - A CONCAUSA COMO HIPÓTESE A JUSTIFICAR A REALIZAÇÃO DOS TESTES GENÉTICOS NO BRASIL

A responsabilidade civil no Brasil possui a figura da “concausa”, a qual é utilizada para indicar outra causa que, associada à causa principal, concorre para o resultado danoso.

⁵¹⁷ PORTUGAL. Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro de 2005. Informação genética pessoal e informação de saúde. [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1660&tabela=leis]

⁵¹⁸ VIANA, R. C. L. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013. p. 46.

⁵¹⁹ APOSTOLIDES, S. C. - *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 265.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri leciona que a concausa

“é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia nem interrompe o nexo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal. Em outras palavras, concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano⁵²⁰”.

Tal categoria conceitual assume grande importância, pois permite alargar o espectro de análise dos agentes e fatores envolvidos, principalmente quando se examinam doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, permitindo que melhor se compreenda toda a cadeia de eventos e viabilizando que se ajuste, ao caso em concreto, o valor da reparação.

De notar que a concausa pode ser anterior, concomitante ou superveniente à causa principal. Reproduz-se a prédica de Antônio Lopes Monteiro:

“Nem sempre o acidente se apresenta como causa única e exclusiva da lesão ou doença. Pode haver a conjunção de outros fatores – concausas. Uns podem preexistir ao acidente – concausas antecedentes; outros podem sucedê-lo – concausas supervenientes; por fim, há, também, os que se verificam concomitantemente – concausas simultâneas. Exemplo do primeiro caso é o diabético que venha a sofrer um pequeno ferimento que para outro trabalhador sadio não teria maiores consequências. Mas o diabético falece devido à intensa hemorragia causada. Temos assim uma morte para a qual concorre o acidente associado a um fator preexistente, a diabete. Já os fatores supervenientes verificam-se após o acidente do trabalho ou da eclosão da doença ocupacional. Se de um infortúnio do trabalho sobrevierem complicações como as provocadas por micróbios patogênicos (estafilococos, estreptococos etc.) determinando, por exemplo, a amputação de um dedo ou até a morte, estaremos diante de uma concausa superveniente. As causas concomitantes, por sua vez, coexistem ao sinistro. Concretizam-se ao mesmo tempo: o acidente e a concausa extralaborativa. O exemplo típico é a disacusia (PAIR), da qual é portador um tecelão de cinquenta anos. A perda auditiva é consequência da exposição a dois tipos de ruído concomitantes: o do ambiente do trabalho, muitas vezes elevado durante vinte ou trinta anos, e, durante o mesmo tempo, o do fator etário (extralaborativo): concausa simultânea⁵²¹”.

Não por acaso, ao julgar lides trabalhistas, esse autor tem utilizado esta importante ferramenta conceitual.

Exemplificativamente, no processo autuado sob a numeração 0010680-34.2013.5.19.0002, foi constatado que o trabalhador, no caso um soldador, tinha doença degenerativa na coluna vertebral. Entretanto, esta foi agravada por diversas concausas, pois ele executava movimentos repetitivos, com esforço e força muscular, sendo adotada postura inadequada; havia também a invariabilidade de tarefa, inexistindo o uso de qualquer

⁵²⁰ CAVALIERI FILHO, S. - *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014., p. 72.

⁵²¹ MONTEIRO, A. L.; BERTAGNI, R. F. de S. - *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 19-20

equipamento de proteção individual. Diante disso, foi concedida indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Não muito diferente deste panorama, na demanda de n.º 0000926-34.2014.5.19.0002, um motorista de ônibus também foi acometido por doença degenerativa na coluna, porém ele se achava sujeito a inúmeras concausas simultâneas, porquanto o labor transcorria com a constante movimentação do volante e mudança de marchas, adotando, repetidas vezes, posturas inapropriadas durante a jornada laboral, que exigiam esforço e força muscular, além de choques, impactos e vibrações vindas, sobretudo, do terreno irregular ou das paradas e retomadas de movimento, sendo tais elementos concausais agravantes das dores nos membros superiores, motivo pelo qual foi deferida reparação por danos morais no importe de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Já em causa de bancária (processo n.º 0000418-20.2016.5.19.0002), foi verificado que embora o labor tivesse acarretado transtorno de adaptação e transtorno misto ansioso e depressivo (CID 10 F 43.2 e 41.2), com quadro grave de depressão, ela já possuía, previamente, distímia por irritabilidade e por sensibilidade excessiva a críticas, servindo, então, as cobranças de metas como fator de concausa para o agravamento do desajuste mental. Foi condenada a instituição bancária a pagar R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a título de ressarcimento pelos danos morais causados.

Como se vê, muitos são os interesses nas informações genéticas, advindos tanto do empregador e do empregado, quanto de terceiros e da sociedade. Granjear essas informações pode trazer alguns benefícios. Mas, ao mesmo tempo, pode desencadear alguns conflitos éticos, jurídicos e sociais. Por isso, não se pode conferir ao empregador a possibilidade de conhecer o patrimônio genético do empregado sem nenhuma amarra, pois se estaria a outorgar-lhe amplos poderes.

5.4.2 - ARGUMENTOS NEGATIVOS PARA A NÃO UTILIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO

Também podem ser apontadas razões para a não utilização da informação genética no âmbito laboral, com a consequente exposição da intimidade genética do empregado. A primeira delas assenta-se na própria ciência e em suas incertezas. Em outras palavras, a razão em comento remete ao viés meramente probabilístico da ciência, representado no caso em tela pelas predisposições genéticas. Isso porque “a interação entre os vários genes envolvidos e o

ambiente ainda não foi suficientemente investigada e, desse modo, não há a certeza absoluta de que a doença irá se manifestar⁵²²”.

Com efeito, considerando que grande parte das enfermidades não é monogênica, mas sim multifatorial, ou seja, decorrente da combinação de variadas situações ambientais, a detecção de um gene correlativo a determinada enfermidade, influenciada por fatores ambientais, não significa por si só a ocorrência da doença.

Embora reconhecidamente importante, o fator genético não é impreterivelmente determinante e configura-se como mera expectativa. Diferentemente de uma predestinação biológica, trata-se de uma probabilidade de que o indivíduo possa sofrer determinada doença. Restringir um indivíduo ao emprego, ainda que saudável e, no momento, capacitado para tanto, com fulcro em previsões, pode ser discriminatório e levar à exclusão de indivíduos que podem permanecer em boas condições ao longo de toda a vida laboral.

Mesmo quando manifestada a doença, não há como prever a sua extensão e a sua severidade. “O fato de possuir a predisposição genética não é garantia de que a doença se desenvolverá, e mesmo que ela se manifeste, não significa que gere a incapacidade laboral do trabalhador⁵²³”.

Igualmente, é possível falar em alguns direitos do empregado, a exemplo do direito à intimidade genética. A intimidade é um direito intrínseco, inerente ao indivíduo, de modo que não é necessário conquistá-lo, e não há como perdê-lo por ser desconhecido. Esse direito remete à manifestação da própria autonomia individual; trata-se do poder de gerência do indivíduo sobre suas próprias informações.

Esse poder de gerência vai desde o aconselhamento genético até o consentimento informado, com ênfase para o dever de confidencialidade daqueles que detêm acesso a tais informações. Dever esse que se estende para além da realização dos testes e alcance dos resultados, com a anuência devidamente expressa dos examinados para a utilização e a divulgação dos dados referentes à sua identificação genética.

A partir de uma perspectiva negativa, busca-se a abstenção de terceiros e, a partir de uma perspectiva positiva, dada a ingerência crescente na esfera íntima do empregado, busca-se a proteção da sua intimidade. Em outros termos, aqui a atenção é voltada para o controle sobre as informações de foro íntimo. No tocante aos dados genéticos preditivos, essa perspectiva abarca o direito de determinar as condições de acesso às informações genéticas,

⁵²² VIANA, R. C. L. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013. p. 85.

⁵²³ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Op. cit.*, p. 86.

sobretudo em relação a quem e em quais circunstâncias podem ser acessadas, para fins de assegurar a sua proteção.

O direito à intimidade é um direito fundamental, reconhecido em diferentes instrumentos normativos, nas searas nacional e internacional. Nesse sentido, restam garantidas a especialidade dos dados genéticos e a necessidade estatal de protegê-los a partir de distintos mecanismos. Falar em proteção da intimidade é falar em proteção não apenas do resultado, mas também da coleta, do tratamento e de qualquer material biológico humano, considerado aqui o seu potencial lesivo.

O interesse do empregador na contratação do empregado mais adequado não justifica a invasão da esfera íntima do indivíduo mediante o teste genético. Esse exame pode significar uma ameaça à privacidade genética, e dele podem advir estigmatização e discriminação, não se restringindo somente ao indivíduo, mas estendendo-se igualmente à sua família, inclusive seus descendentes e outras gerações. Por isso, resta observar os direitos da personalidade, mormente o direito à intimidade, em consonância com o respeito aos direitos humanos.

É de se destacar outro direito, qual seja o direito de não saber ou, dito de outro modo, o direito de ignorância genética. Conhecer as predisposições genéticas pode engendrar uma série de preocupações, angústias e medos no indivíduo. Considerando que nem todas as doenças são passíveis de tratamento e de prevenção, o indivíduo pode optar por não ser submetido a exames genéticos ou, ainda, por não ser informado sobre os resultados desses exames.

Esse direito está diretamente associado à liberdade do indivíduo, à identidade pessoal, à integridade física e moral e à intimidade. O direito de não saber é um corolário da intimidade genética e conforma um direito que assiste ao indivíduo e seus familiares, pois as informações genéticas vinculam tal indivíduo à família, sejam ascendentes e descendentes, sejam gerações futuras.

No tocante às informações sobre predisposições genéticas que podem afetar consideravelmente o comportamento, o pensamento e o sentimento do indivíduo, o direito de não saber representa a possibilidade de acessar ou não os resultados de tal exame.

Nas palavras de Roberto Andorno:

“Este derecho constituye una legítima expresión de autonomía del individuo. Lejos de alentar el paternalismo médico significa um desafío al mismo, porque supone que las personas son libres para tomar sus propias decisiones acerca de las informaciones sobre si mismas que desean recibir. Por ello la decisión de no saber debe ser, al menos en principio, igualmente respetada que la decisión de saber⁵²⁴”.

⁵²⁴ ANDORNO, R. - *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 5.

Outro direito que merece realce é o direito à mentira. O candidato a emprego ou o empregado pode abster-se de responder verdadeiramente a indagações abusivas realizadas pelo empregador sobre o seu patrimônio genético. Inquirições contrárias aos ditames éticos e morais do Direito ferem as garantias fundamentais do indivíduo. A essas inquirições que agredem os direitos e princípios jurídicos, é permitido ao indivíduo, dadas a especificidade e a disparidade da relação entre empregado e empregador, apresentar uma falsa resposta.

Sara Apostolides arremata:

“a única forma de conferir utilidade ao regime jurídico sobre as questões admissíveis *no âmbito do processo de formação do contrato de trabalho* é admitir a possibilidade de o trabalhador responder de forma não verdadeira às questões que o empregador não podia ter formulado. Por outras palavras, é o “direito” a mentir, relativamente às perguntas ilegítimas⁵²⁵”. (grifos do autor)

O direito ao trabalho também é digno de referência. Aqui é possível falar em igualdade de oportunidades em relação a emprego. Para salvaguardar esse direito, incumbe ao Estado promover ações que combatam a discriminação e incentivem a igualdade de acesso a emprego. As informações genéticas podem levar o empregado a alcançar o emprego ou a manter a relação laboral já em vigência. Se desfavoráveis, essas informações apresentam efeitos em sentido contrário.

O trabalho é de suma importância para a existência do indivíduo, seja para a sua realização pessoal, seja para a sua integração na vida social. Igualmente, para grande parte da população, o trabalho é a principal fonte de rendimento e, nessa direção, de sobrevivência. “Negar trabalho por razões não de incapacidade, mas de mera predição de doenças futuras ou predisposições, representa uma forte discriminação⁵²⁶”. Trata-se de uma violação do direito ao trabalho.

Valer-se de testes genéticos, em sede de contratação laboral ou ao longo da realização do contrato de trabalho, pode reduzir o candidato ou o empregado ao seu patrimônio genético, com os desdobramentos relacionados à estigmatização e à discriminação. “Indivíduos que apresentem propensão a desenvolver uma doença que possa vir a atrapalhar seu desempenho na execução laboral serão descartados e rotulados como incapazes⁵²⁷”.

⁵²⁵ APOSTOLIDES, S. C. - *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 257.

⁵²⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Op. cit.*, p. 93.

⁵²⁷ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Op. cit.*, p. 93.

Assim, será formado um grupo de indivíduos amplamente discriminados, julgados *outsiders* pelos distúrbios de cunho genético. Parte-se de uma probabilidade, pois “o diagnóstico de uma doença genética não significa a confirmação de seu desenvolvimento”, a depender, na maioria dos casos, de muitos fatores para a configuração de uma categoria. Aqui é possível falar em uma nova categoria: “enfermo são” ou “doente sadio”⁵²⁸.

Insta destacar que, dada a importância das informações genéticas e o perigo de seu uso inadequado, cada vez mais os indivíduos estão sujeitos a identificações e julgamentos fundados em seus dados pessoais.

Práticas discriminatórias, assentadas em dados genéticos, já acontecem e podem seguir acontecendo. O conhecimento preditivo dos dados genéticos pode engendrar uma divisão entre indivíduos saudáveis/doentes *versus* indivíduos normais, com alterações dos conceitos de patológico e de normal, forjando um novo modelo de *darwinismo*. Em complemento à categoria anterior, tem-se outra categoria de indivíduos, intitulada desempregados genéticos⁵²⁹.

Apesar da presença de um gene para determinada doença não significar a sua manifestação, o indivíduo torna-se prisioneiro do seu genoma. De acordo com o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, a discriminação genética consubstancia-se em toda e qualquer prática discriminatória ilícita que utilize a codificação genética do indivíduo⁵³⁰.

Seguindo a mesma linha de entendimento desse autor, Luiz Carlos Assis Jr. ressalta que uma das discriminações mais preocupantes da atualidade é justamente a discriminação genética que se opera no âmbito das relações de trabalho⁵³¹.

A discriminação genética do empregado ou do candidato a emprego pode ocorrer em distintas fases do contrato de trabalho. Essa prática discriminatória pode ocorrer tanto na fase pré-contratual como na vigência da relação empregatícia; e mais, ainda pode ocorrer posteriormente, já que os dados genéticos podem servir para uma decisão sobre a dispensa do empregado.

Como aponta Assis Jr:

“Se fosse permitido à empresa conhecer a intimidade genética do candidato, vindo a saber que ele possui o gene da doença de Huntington, certamente não o contrataria. E, se o fizesse, não faria investimentos na formação e especialização do

⁵²⁸ BRUNET, K. S. - Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 274, 2000. p 47.

⁵²⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Op. cit.*, p. 93.

⁵³⁰ SILVA NETO, M. J. - *Constituição, discriminação genética e relações de trabalho*. *Revista de Direito do Trabalho*, 2009, RDT 133, p. 240.

⁵³¹ ASSIS JÚNIOR, L. C. - *Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho*. *Revista de Mestrados da UFBA*, 2009, n. 19, p. 31.

trabalhador, tendo em vista que dentro de um determinado lapso temporal ele seria acometido do terrível mal de Huntington e deixaria de trabalhar⁵³²”.

A utilização de informações genéticas, para fins de averiguar as predisposições do empregado, pode ensejar uma prática de discriminação concreta, ancorada tão somente em uma probabilidade e acompanhada da atribuição de um rótulo a um determinado empregado ou a um determinado grupo de empregados. É possível fazer referência à criação de uma verdadeira “lista negra genética⁵³³”.

Garantir ao indivíduo o respeito à dignidade e aos direitos fundamentais, independentemente de suas características genéticas, é a ideia defendida e assegurada em diversas Declarações e Convenções internacionais que versam sobre o tema.

Como se vê, há razões para a utilização e para a não utilização dos dados genéticos no âmbito laboral. De um lado, tem-se a possibilidade de proporcionar segurança à saúde do empregado no mercado de trabalho; por outro, a utilização dos dados pode suscitar uma gama de discriminações genéticas. Diante dessas possibilidades, cabem a reflexão e a ponderação sobre a utilização desse conhecimento.

5.5. EXAMES MÉDICOS OCUPACIONAIS COMO DECORRÊNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO

5.5.1 - NO BRASIL

Depreendem-se do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) os seus fundamentos republicanos, entre os quais se destacam, particularmente para efeitos na seara trabalhista, a dignidade da pessoa humana (inciso III), considerado por alguns autores⁵³⁴ o atual núcleo do ordenamento jurídico pátrio, e o valor social do trabalho e da livre-iniciativa (inciso IV).

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana espalha-se por todas as normas jurídicas brasileiras em suas três dimensões, a saber:

“1ª) dimensão fundamentadora – núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo;

2ª) dimensão orientadora – estabelece metas ou finalidades predeterminadas que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico-constitucional; e

⁵³² ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 48.

⁵³³ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Op. cit.*, p. 96.

⁵³⁴ BULOS, U. L. - *Curso de Direito Constitucional*. 8.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 512.

3ª) dimensão crítica – serve de critério para aferir a legitimidade das diversas manifestações legislativas⁵³⁵”.

Por sua vez, o princípio do valor social do trabalho e da livre-iniciativa apresenta como fio condutor a primazia da dignidade do trabalho do homem no contexto produtivo econômico marcadamente capitalista, como é possível inferir por meio de uma interpretação teleológica e sistemática da própria CRFB, a partir da leitura dos seus artigos 1º, IV, c/c 170.

A partir desses vetores fundamentais, a CRFB estabelece como direitos individuais fundamentais a vida e a segurança (art. 5º), e como direitos sociais igualmente fundamentais – e, portanto, de aplicação imediata nos termos do § 1º do art. 5º –, a saúde, o trabalho e a segurança (art. 6º). A Carta Magna aduz expressamente como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII).

Essas normas em princípio estão voltadas ao Estado, ou seja, constituem mandamentos constitucionais direcionados ao Poder Público com o objetivo de garantir a dignidade humana ao trabalhador.

“Todas essas normas parecem conter diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador no que concerne ao salário – determinando-se até mesmo a criminalização no caso de retenção indevida; de assegurar proteção efetiva ao mercado de trabalho da mulher, inclusive mediante incentivos específicos previstos em lei; de obter a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante providências de variada índole; ou, ainda, com o objetivo de criar disciplina normativa apta ao reconhecimento e aplicação das convenções e acordos coletivos e de propiciar a proteção do emprego contra a automação. Nesses casos, não se pode falar, a priori, em um direito subjetivo em face do empregador, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela Administração. É possível que tais deveres estejam a reclamar, continuamente, a edição e atualização de normas de organização e procedimento⁵³⁶”.

As normas constitucionais são voltadas aos direitos sociais trabalhistas e servem de limites aos próprios sujeitos da relação jurídica de trabalho, incidindo diretamente no âmbito privado e criando direitos subjetivos ao empregado em face do empregador, conforme entendimento da doutrina constitucionalista no Brasil.

“É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta.

A disciplina normativa mostra-se apta, em muitos casos, a constituir direito subjetivo do empregado em face do empregador, ainda que, em algumas

⁵³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 512.

⁵³⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. - *Curso de Direito Constitucional*. 9.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 562.

configurações, a matéria venha a ser objeto de legislação específica (art. 7º, VI, VII, VIII, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XXI, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV). Trata-se, em muitos casos, de aplicação direta e imediata de norma de caráter fundamental às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*). Em outras situações, tem-se direito subjetivo à edição de normas ou à criação/preservação e desenvolvimento de institutos especiais (direito subjetivo público/possibilidade de omissão inconstitucional) e/ou direito subjetivo a normas de organização e procedimento⁵³⁷.

Especificamente quanto ao direito à saúde, o art. 196 da CRFB estabelece que é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Para tanto, o art. 197 da CRFB acena para a relevância pública das ações e dos serviços de saúde, cabendo ao Estado dispor, conforme a lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, muito embora sua execução não esteja limitada ao Estado, competindo também às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Nessa esteira, as ações e serviços de saúde constituem um sistema único, no qual a participação da comunidade integra uma das diretrizes de sua organização, na forma do art. 198, III, da CRFB. A esse sistema único de saúde compete colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o trabalho, a teor do art. 200, VIII, da CRFB.

No âmbito internacional, a OIT, já no preâmbulo de sua Constituição, menciona como um dos seus considerandos a proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho.

O Brasil ratificou, em 1992, a Convenção nº 155 da OIT, que versa sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, vindo a promulgá-la por meio do Decreto nº 1.245, de 29 de setembro de 1994.

A mencionada Convenção disciplina como ação em nível nacional, em seu art. 11, alínea c:

“o estabelecimento e a aplicação de procedimentos para a declaração de acidentes de trabalho e doenças profissionais por parte dos empregadores e, quando for pertinente, das instituições seguradoras ou outros organismos ou pessoas diretamente interessadas, e a elaboração de estatísticas anuais sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais”.

Já no que toca à ação em nível de empresa, os artigos 16, 19 e 20 estipulam a cooperação entre empregadores e trabalhadores ou seus representantes como elemento essencial das medidas necessárias à segurança e à saúde no meio ambiente de trabalho.

⁵³⁷ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Op. cit.*, p. 561.

O Brasil também é signatário da Convenção nº 161 da OIT, promulgada por meio do Decreto nº 127, de 22 de maio de 1991, relativa aos serviços de saúde do trabalho, do qual se pode destacar, entre as suas funções, a de acompanhar a saúde dos trabalhadores em relação com o trabalho (art. 5º, f).

Da mesma maneira, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado internamente por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, reconhece o direito de todas as pessoas de usufruir de condições de trabalho dignas e favoráveis, que garantam em especial as condições de trabalho seguras e higiênicas (art. 7º, b).

No âmbito infraconstitucional interno, o Capítulo V da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) apresenta disposições diversas quanto à Segurança e Medicina do Trabalho, as quais têm como objetivo a proteção, a prevenção e a recuperação da saúde e a segurança do trabalhador. Trata-se de normas de ordem pública de caráter indisponível, dado o interesse público envolvido decorrente de implicações diversas em relações previdenciárias, ambientais, de saúde pública etc.

A doutrina trabalhista brasileira tem indicado a natureza de ordem pública de tais disposições quando da análise jurídica acerca da impossibilidade de supressão ou redução de tais normas pela vontade privada, ainda que manifestada por meio de negociação coletiva, cujo reconhecimento decorre de norma de *status* constitucional (art. 7º, XXVI, da CRFB).

Nesse sentido:

“Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização adequada deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc.)⁵³⁸”.

⁵³⁸ DELGADO, M. G. - *Curso de Direito do Trabalho* – 13.^a ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.388-1.389.

A jurisprudência trabalhista brasileira também segue tal orientação, consoante se depreende do item II da Súmula nº 437 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), abaixo transcrita:

“Súmula nº 437 do TST
INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO.
APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012
(...)
II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafianço à negociação coletiva”.

Nesse diapasão, cabe às empresas realizar e fazer realizar as regras de segurança e medicina do trabalho (art. 157, I, da CLT), e aos empregados, observar as normas de segurança e medicina do trabalho, em colaboração com a empresa, sob pena de caracterizar ato faltoso de sua parte (art. 158 da CLT). Entre essas normas inclui-se a obrigatoriedade de exames médicos, como forma preventiva de medicina do trabalho, na forma do art. 168 da CLT.

O Ministério do Trabalho e Emprego editou a Norma Regulamentadora nº 7, que trata do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), por meio da qual regulamentou os parâmetros mínimos e as diretrizes gerais no que toca aos exames médicos ocupacionais previstos na CLT.

5.5.2. EM PORTUGAL

Em Portugal, a dignidade da pessoa humana também constitui a base do Estado Republicano, na forma do art. 1º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Diz o Artigo 26º, 3, da CRP, que “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

Mais especificamente, a CRP estabelece que todos os trabalhadores têm direito à prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (Artigo 59º, 1, c).

Segundo Paula Quintas:

“A prestação do trabalho em condições de higiene e segurança (...) é simultaneamente, um direito dos trabalhadores e uma imposição constitucional dirigida aos seus poderes públicos, no sentido de estes fixarem os pressupostos e assegurarem o controlo das condições de higiene e segurança, consideram GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA.

Segundo FERNANDO CABRAL e MANUEL ROXO, podemos definir da seguinte forma os conceitos de segurança, higiene e saúde no trabalho:

- segurança no trabalho: compreende o conjunto de metodologias adequadas à prevenção de acidentes de trabalho, tendo como principal campo de acção o reconhecimento e o controlo dos riscos associados aos componentes materiais do trabalho;
- higiene no trabalho: compreende o conjunto de metodologias não médicas necessárias à prevenção das doenças profissionais, tendo como principal campo de acção o controlo da exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos presentes nos componentes materiais do trabalho. Esta abordagem assenta fundamentalmente em técnicas e medidas que incidem sobre o ambiente de trabalho;
- saúde no trabalho: é uma abordagem que não se contém, apenas, na vigilância médica visando a ausência de doença ou enfermidade (Vd. artigo 3º/e) da Convenção 155 da OIT). O conceito de “saúde do trabalho” corresponde ao definido pelo Comité Misto da Organização Mundial da Saúde e da Organização Internacional do Trabalho (1950) que compreende a promoção e a manutenção do mais alto grau de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões e, não apenas, a ausência de enfermidade ou doença⁵³⁹”.

Na mesma linha, a CRP ao tratar do direito à saúde estabelece que este constitui um direito e um dever de todos, cuja protecção é realizada, entre outras formas, pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho (Artigo 64º, 1, 2, b). Com efeito, deve ser buscado mesmo contra a vontade do titular da saúde.

A esse respeito, assinalam Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“Não existe apenas um direito à protecção da saúde, mas também um dever de a promover e defender (nº 1, 2ª parte). Esse dever dos cidadãos tem por dever jurídico que é, pode fundamentar obrigações legais de fazer (por ex., obrigatoriedade de vacinação) ou de não fazer (por exemplo, proibição de fumar em transportes públicos), que podem ser garantidos penalmente⁵⁴⁰”.

Tanto que o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 368/2002, entendeu que:

“No âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à protecção da saúde, a todos reconhecidos no artigo 64º, nº 1 da Constituição, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a obrigação para o trabalhador de se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele não representa um risco para terceiros: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade perigosa; ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da actividade profissional do trabalhador⁵⁴¹”.

No âmbito internacional, tal qual o Brasil, Portugal é signatário de tratados internacionais que estimulam a protecção à saúde e segurança no trabalho como desiderato a

⁵³⁹ QUINTAS, P. C. - *Manual de direito da segurança e saúde no trabalho* – 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-12.

⁵⁴⁰ QUINTAS, Paula. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁴¹ DR, II Série, nº 247, de 25.10.2003, p. 17.780-791. (Paula Quintas, p. 93-94).

ser perseguido progressivamente, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as Convenções nº 155 e nº 161 da OIT.

Já no âmbito comunitário europeu, constituem ainda fontes jurídicas internacionais de Portugal a Carta Social Europeia, de 1961, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, e a Directiva-Quadro do Conselho Europeu nº 89/391/CEE, de 1989. A primeira traz diversas disposições específicas quanto ao direito à saúde e segurança no trabalho, a exemplo da Parte I, item 3, art. 3º e Artigo 11º. A segunda estabelece o dever de proteção da saúde e da segurança no meio laboral a partir de medidas adequadas, na forma do art. 19º. Por fim, a Directiva-Quadro do Conselho nº 89/391/CEE, de 1989, pugna pela aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho.

No âmbito estritamente interno, o Código do Trabalho de Portugal (CT) prevê a possibilidade de testes e exames médicos ocupacionais, desde que estritamente relacionados à saúde, proteção e segurança no trabalho, seja em relação à pessoa do trabalhador ou de terceiros, consoante se infere do seu art. 19º:

“Artigo 19.º

Testes e exames médicos

1 - Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respetiva fundamentação.

2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade.

4 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n. 1 ou 2. ”.

Mais adiante, o capítulo IV do CT versa sobre a prevenção e a reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais, enumerando em seu Artigo 218.º os princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho:

“Artigo 281.º

Princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho

1 - O trabalhador tem direito a prestar trabalho em condições de segurança e saúde.

2 - O empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspetos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção.

3 - Na aplicação das medidas de prevenção, o empregador deve mobilizar os meios necessários, nomeadamente nos domínios da prevenção técnica, da formação, informação e consulta dos trabalhadores e de serviços adequados, internos ou externos à empresa.

4 - Os empregadores que desenvolvam simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho devem cooperar na proteção da segurança e da saúde dos respetivos trabalhadores, tendo em conta a natureza das atividades de cada um.

5 - A lei regula os modos de organização e funcionamento dos serviços de segurança e saúde no trabalho, que o empregador deve assegurar.

6 - São proibidos ou condicionados os trabalhos que sejam considerados, por regulamentação em legislação especial, suscetíveis de implicar riscos para o património genético do trabalhador ou dos seus descendentes.

7 - Os trabalhadores devem cumprir as prescrições de segurança e saúde no trabalho estabelecidas na lei ou em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, ou determinadas pelo empregador”.

Prevê o Artigo 284º do CT que o disposto nesse capítulo (Capítulo IV – Prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais) é regulado por legislação específica. Essa regulamentação específica é feita por meio da Lei nº 98/2009, no que tange à reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, e da Lei nº 102/2009, que instituiu o regime jurídico de promoção da segurança e saúde no trabalho, estabelecendo em seu art. 108º a obrigatoriedade dos exames de saúde no trabalho.

Como é possível observar, trata-se de normas jurídicas de ordem pública, indisponíveis pela vontade das partes por imperativas. Tal conclusão decorre do próprio CT, mais precisamente da análise de seu Artigo 3º/3-l, segundo o qual:

“3 - As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias:

(...)

l) Capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta”.

No mesmo rumo, o CT, ao tratar dos limites do conteúdo de instrumento de regulamentação coletiva, informa que este não pode contrariar norma legal imperativa (Artigo 478º/1-a). A esse respeito, Antônio Monteiro Fernandes assinala com precisão a redundância da norma em destaque ao afirmar que:

“Para além das matérias vedadas à negociação, há que atender às coordenadas gerais da legalidade das convenções, as quais se encontram definidas em dois grupos de disposições, com naturezas muito diversas.

O primeiro grupo é constituído por condições gerais da validade material (e da eficácia) da convenção colectiva. Na realidade, assumem até um carácter de certo modo redundante, pois resultado semelhante se obteria por aplicação dos princípios gerais em matéria de hierarquia das fontes de Direito. Trata-se da disposição geral do art. 478º/1-a): não podem as convenções contrariar normas legais imperativas.

(...)

A lei anterior ao Código levava mais longe a redundância. Com efeito, proclamava também que as convenções não podiam limitar o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Por outro lado, impedia-se ainda de incluir qualquer disposição que importasse tratamento para os trabalhadores menos favorável do que o estabelecido por lei; neste ponto, a omissão do CT é coerente com o disposto no

art. 3º/I: não se tratando de norma legal imperativa, uma convenção pode estabelecer tratamento mais ou menos favorável ao trabalhador⁵⁴²”.

O Tribunal Constitucional já enfrentou o assunto, por meio do acórdão nº 306/2003, DR, I-A, de 18.7.2003, proferido na sequência do pedido de apreciação da constitucionalidade da norma, a partir do qual fez a seguinte distinção entre as normas:

- normas absolutamente imperativas, que não consentem qualquer derrogação, seja *in melius*, seja *in pejus*
- normas parcialmente imperativas, que consentem derrogação apenas num desses sentidos
- normas “dispositivas”, que consentem derrogações em ambos os sentidos
- normas supletivas, em que a norma do Código só actua se não houver regulamentação por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou pelo contrato individual de trabalho⁵⁴³”.

Ademais, o Artigo 10º do CT vai além ao inserir as normas legais de segurança e saúde no trabalho nas hipóteses normativas aplicáveis, inclusive em relações jurídicas sem subordinação jurídica, ou seja, sem o vínculo empregatício, ao lado de normas outras de incontestável envergadura fundamental, como são os direitos de personalidade, a igualdade e a não discriminação.

5.6. ALCANCE E LIMITES DOS EXAMES MÉDICOS OCUPACIONAIS

5.6.1. NO BRASIL

A CLT prevê três tipos de exame, ou melhor, três situações que ensejam a realização de exames: na admissão, na demissão e o periódico. Tais exames serão realizados em observância às instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não obstante possam ser exigidos “outros exames complementares, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer”, (art. 168, § 2º, da CLT).

A periodicidade dos exames também será estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme o risco da função e o tempo de exposição (§ 3º do art. 168 da CLT). Os resultados dos exames, inclusive o complementar, serão informados ao trabalhador, resguardado os preceitos da ética médica⁵⁴⁴ (§ 5º do art. 168 da CLT).

⁵⁴² FERNANDES, A. M. - *Direito do Trabalho* – 16.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 644.

⁵⁴³ QUINTAS, Paula. *Op. cit.*, p. 27.

⁵⁴⁴ A Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina aprovou o Código de Ética da Medicina, onde é possível extrair os seguintes princípios: XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei. XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

Para algumas profissões, a legislação exige outras modalidades de exames, tendo em vista o interesse público envolvido no desempenho destas funções, a exemplo dos motoristas profissionais, dados os elevados índices de acidentes nas estradas brasileiras. Recentemente, a CLT foi alterada pela Lei nº 13.103/15, que incluiu em seu art. 168 os parágrafos 6º e 7º:

“§ 6 Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.

§ 7 Para os fins do disposto no § 6º, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias”.⁵⁴⁵

As doenças profissionais e as produzidas em virtude de condições especiais de trabalho serão obrigatoriamente notificadas, a teor do art. 169 da CLT.

O Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214, de junho de 1978, aprovou as Normas Regulamentadoras (NRs) do Capítulo V, do Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), atinentes à Segurança e Medicina do Trabalho. Entre essas Normas Regulamentadoras, encontra-se a NR nº 7, que estabelece a obrigatoriedade da elaboração e execução, por parte de todos os que empregam e instituições que admitam labutadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, com o escopo de promoção e prevenção da saúde do conjunto dos seus funcionários (item 7.1.1).

Em Despacho da Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho, publicado no Diário Oficial da União de 4 de outubro de 1996, foi expedida Nota Técnica buscando esclarecer os profissionais ligados à área de segurança e saúde no trabalho, quanto à melhor operacionalização do PCMSO, de onde é possível extrair as seguintes notas:

“O PCMSO deve possuir diretrizes mínimas que possam balizar as ações desenvolvidas, de acordo com procedimentos em relação a condutas dentro dos conhecimentos científicos atualizados e da boa prática médica. Alguns destes procedimentos podem ser padronizados, enquanto outros devem ser individualizados para cada empresa, englobando sistema de registro de informações e referências que possam assegurar sua execução de forma coerente e dinâmica.

Assim, o mínimo que se requer do programa é um estudo in loco para reconhecimento prévio dos riscos ocupacionais existentes. O reconhecimento de riscos deve ser feito através de visitas aos locais de trabalho para análise do(s) procedimento(s) produtivo(s), postos de trabalho, informações sobre ocorrências de

⁵⁴⁵ BRASIL. Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13103.htm]

acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, atas de CIPA, mapas de risco, estudos bibliográficos, etc.

Através deste reconhecimento, deve ser estabelecido um conjunto de exames clínicos e complementares específicos para a prevenção ou detecção precoce dos agravos à saúde dos trabalhadores, para cada grupo de trabalhadores da empresa, deixando claro, ainda, os critérios que deverão ser seguidos na interpretação dos resultados dos exames e as condutas que deverão ser tomadas no caso da constatação de alterações”.⁵⁴⁶

O item 7.4.1 da NR nº 7 estabelece que o PCMSO precisa incluir, entre outros, a realização imprescindível das análises médicas de admissão, periódico, de regresso ao trabalho, de alteração de função e de demissão. Os referidos exames precisam compreender a avaliação clínica, alcançando a anamnese ocupacional e a análise físico e mental, além de exames complementares concretizados segundo esta NR (item 7.4.2).

O exame médico admissional precisará ser realizado antes que o empregado assuma as atividades (item 7.4.3.1).

O exame médico periódico deverá ser realizado com intervalos mínimos, de acordo com o item 7.4.3.2, abaixo reproduzido:

“7.4.3.2 no exame médico periódico, de acordo com os intervalos mínimos de tempo abaixo discriminados:

a) para trabalhadores expostos a riscos ou situações de trabalho que impliquem o desencadeamento ou agravamento de doença ocupacional, ou ainda, para aqueles que sejam portadores de doenças crônicas, os exames deverão ser repetidos:

a.1) a cada ano ou a intervalos menores, a critério do médico encarregado, ou se notificado pelo médico agente da inspeção do trabalho, ou ainda, como resultado de negociação coletiva de trabalho;

a.2) de acordo com a periodicidade especificada no Anexo 6 da NR 15, para os trabalhadores expostos a condições hiperbáricas;

b) para os demais trabalhadores:

b.1) anual, quando menores de dezoito anos e maiores de quarenta e cinco anos de idade;

b.2) a cada dois anos, para os trabalhadores entre dezoito anos e quarenta e cinco anos de idade”.⁵⁴⁷

Para o empregado que se ausente da função por período equivalente ou superior a 30 (trinta) dias, em decorrência de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto, precisará ser realizado, indispensavelmente no primeiro dia de seu regresso a sua função, o exame médico de regresso ao emprego (item 7.4.3.3).

Já a análise médica de alteração de função precisa ser realizada indispensavelmente antes da data da modificação de função (item 7.4.3.4). compreende-se por alteração de função

⁵⁴⁶ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 4 DE OUTUBRO DE 1996. Jusbrasil [Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1453932/pg-74-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-04-10-1996>]

⁵⁴⁷ PORTARIA GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. Nota Regulamentadora nº 7. [Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR7.pdf>]

toda e qualquer mudança de atividade, local de trabalho ou de setor que ocasione a exposição do empregado a risco distinto daquele a que estava exposto antes da alteração (item 7.4.3.4.1).

O exame médico de demissão precisará ser executado até a data de legitimação da dispensa ou até a desvinculação definitiva do empregado, nas situações excluídas da obrigatoriedade de efetivação da homologação. O mencionado exame não será necessário quando houver sido realizado qualquer outro exame médico indispensável em período não superior a 135 dias para organizações de graus de risco 1 e 2, e inferior a 90 dias para organizações de grau de risco 3 e 4. Estes prazos precisarão ser estendidos em até mais 135 dias ou mais 90 dias, simultaneamente, caso convencionado em negociação coletiva, com participação de profissional apontado de comum acordo entre os envolvidos ou da área de segurança e saúde das DRT (item 7.4.3.5).

Quando os exames médicos acima mencionados forem realizados, o médico dará o Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), em duas vias; pois uma permanecerá arquivada na empresa à disposição da fiscalização do trabalho e a outra será oferecida ao empregado, perante recibo da primeira via (item 7.4.4).

Segundo o item 7.4.4.3, o ASO deverá conter no mínimo:

- “a) o nome completo do trabalhador, o número de registro de sua identidade e a sua função;
- b) os riscos ocupacionais específicos existentes, ou a ausência deles, na atividade do empregado, conforme instruções técnicas expedidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho – SSST;
- c) a indicação dos procedimentos médicos a que foi submetido o trabalhador, incluindo os exames complementares e a data em que foram realizados;
- d) o nome do médico coordenador, quando houver, com respectivo CRM;
- e) a definição de apto ou inapto para a função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu;
- f) o nome do médico encarregado do exame e endereço ou forma de contato;
- g) a data e a assinatura do médico encarregado do exame e carimbo contendo seu número de inscrição no CRM”.

⁵⁴⁸

As informações contidas nos exames médicos, incluindo análise clínica e laudos complementares, as conclusões e as ações aplicadas precisarão ser guardadas em prontuário do médico coordenador do PCMSO, que deverá manter tais registros por um período mínimo de 20 (vinte) anos após a saída do empregado (item 7.4.5).

Por fim, a NR nº 7 determina que, quando submetido a exposição excessiva ao risco, o trabalhador deve ser afastado do local de trabalho ou da exposição ao risco (item 7.4.7), ou,

⁵⁴⁸ DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 4 DE OUTUBRO DE 1996. Jusbrasil [Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1453932/pg-74-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-04-10-1996>]

quando percebida a ocorrência ou o degeneração de doenças profissionais, deverá ser adotada uma das seguintes medidas, na forma do item 7.4.8:

- “a) solicitar à empresa a emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT;
- b) indicar, quando necessário, o afastamento do trabalhador da exposição ao risco, ou do trabalho;
- c) encaminhar o trabalhador à Previdência Social para estabelecimento de nexos causal, avaliação de incapacidade e definição da conduta previdenciária em relação ao trabalho;
- d) orientar o empregador quanto à necessidade de adoção de medidas de controle no ambiente de trabalho”.⁵⁴⁹

Em suma, essas são as regras gerais que disciplinam a realização de exames médicos ocupacionais no Brasil. Existem regramentos específicos com relação a peculiaridades de algumas profissões, a exemplo dos exames toxicológicos para profissionais motoristas, previstos na Lei nº 13.103/15, que incluiu os parágrafos 6º e 7º no art. 168 da CLT, conforme reproduzido linhas acima, cuja regulamentação se deu pela Portaria do Ministério do Trabalho e Previdência Social nº 116, de 13 de novembro de 2015.

Consoante a sobredita portaria, os laudos toxicológicos precisam ser realizados previamente à aceitação e por ocasião da saída. Estes exames precisam conter janela de detecção para consumo de matérias psicoativas, com exames retrospectivos mínimos de 90 (noventa) dias. Estes exames não podem ser parte integrante do PCMSO, constar de ASO ou estar vinculados à definição de aptidão do trabalhador.

A validade do exame toxicológico será de 60 dias, a partir do período da coleta do exame, podendo seu resultado ser usado neste período para os objetivos de admissão ou desligamento.

O exame toxicológico de que aborda esta Portaria unicamente poderá ser realizado por laboratórios credenciados pelo CAP-FDT – “Acreditação forense para exames toxicológicos de grande escala de detecção do Colégio Americano de Patologia” – ou por Acreditação proporcionado pelo INMETRO, conforme a Norma ABNT NBR ISO/IEC 17025, com requisitos próprios que insiram integralmente as “Diretrizes sobre o Exame de Drogas em Cabelos e Pelos: Coleta e Análise” da Sociedade Brasileira de Toxicologia, além de condições adicionais de toxicologia forense apreciados internacionalmente.

O exame toxicológico terá todas as suas fases protegidas por uma cadeia de custódia, proporcionando a rastreabilidade de todo o procedimento, além de deter procedimento com

⁵⁴⁹ PORTARIA GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. Nota Regulamentadora nº 7. [Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR7.pdf>]

legitimidade forense para todas as fases analíticas (descontaminação, extração, triagem e confirmação).

“Os laboratórios devem entregar ao trabalhador um laudo laboratorial detalhado em que conste a relação de substâncias testadas, bem como seus respectivos resultados. Os resultados detalhados dos exames e da cadeia de custódia devem ficar armazenados em formato eletrônico pelo laboratório executor por no mínimo cinco anos”.⁵⁵⁰

É garantido ao trabalhador o direito à contraprova e à confidencialidade dos resultados das análises, e o acesso ao percurso de auditoria do seu exame.

Os laboratórios precisam oferecer Médico Revisor – MR para garantir à interpretação do exame e à emissão do relatório médico, não sendo obrigatório ao empregador optar por outro Médico Revisor de sua opção. Cabe ao MR proferir relatório médico, apontando o uso indevido ou não de substância psicoativa, sem enumeração de níveis ou tipo de substância.

“O relatório médico emitido pelo MR deve conter: a) nome e CPF do trabalhador; b) data da coleta da amostra; c) número de identificação do exame; d) identificação do laboratório que realizou o exame; e) data da emissão do laudo laboratorial; f) data da emissão do relatório; g) assinatura e CRM do Médico Revisor – MR⁵⁵¹”.

O empregado precisa entregar ao empregador o laudo médico concluído pelo MR em até 15 dias após o recebimento.

“Os exames toxicológicos devem testar, no mínimo, a presença das seguintes substâncias: a) maconha e derivados; b) cocaína e derivados, incluindo *crack* e merla; c) opiáceos, incluindo codeína, morfina e heroína; d) anfetaminas e metanfetaminas; e) *ecstasy* (MDMA e MDA); f) anfepramona; g) femproporex; h) mazindol⁵⁵²”.

Outros limites a exames, atestados e testes na relação de trabalho estão previstos na Lei nº 9.029/95, que criminaliza como prática discriminatória, na forma do seu art. 2º:

“I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigação à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS)⁵⁵³”.

Obviamente que exames relativos a estado de gravidez podem ser realizados quando a função exigida puser em risco a saúde e a higidez física e mental do nascituro e da gestante, a exemplo de atividades ligadas à área de radiologia.

⁵⁵⁰ <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mps-116-2015.htm>

⁵⁵¹ <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mps-116-2015.htm>

⁵⁵² <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mps-116-2015.htm>

⁵⁵³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM

No mais, todos os exames médicos ocupacionais devem se submeter aos limites impostos pela ordem constitucional no que se refere aos direitos da personalidade do trabalhador, de sorte que nenhum procedimento afim deve violar a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, a integridade física, entre outras emanções da dignidade humana.

Nessa esteira, a par da inexistência de legislação brasileira disciplinando expressamente a realização de exames e testes genéticos na relação de trabalho, exsurge a dúvida quanto à viabilidade de tais métodos científicos, uma vez que, à luz do art. 5º, II, da CRFB, se por um lado o trabalhador não estaria obrigado a fazer o que a lei não exige, por outro o empregador também não estaria proibido de fazer o que a lei não proíbe.

Com efeito, o impasse retromencionado há de ser solucionado pela análise de disposições constitucionais, a exemplo da valorização social do trabalho e da livre- iniciativa, bem como do tratamento dado pela ordem internacional acerca do assunto, aplicando-se a regra de colmatação de lacunas prevista no art. 8º da CLT, desde que observados os parâmetros e finalidades legais para os exames médicos ocupacionais em geral, observados ainda os preceitos da ética médica e os direitos da personalidade do trabalhador, como a intimidade, a integridade física etc., e ainda assim dentro dos limites estabelecidos pelo art. 225, § 1º, II e V, da CRFB c/c a Lei nº 11.105/05, denominada popularmente como Lei da biossegurança.

5.6.2. EM PORTUGAL

Como foi visto anteriormente, o Artigo 281º do CT estabelece princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho. Nesse diapasão, constitui direito do trabalhador prestar ofício em condições de proteção e de saúde. Para isto, o patrão precisa adotar as medidas certas, nomeadamente nos domínios do cuidado técnico, da formação, informação e consulta dos empregados e de serviços justos, internos ou externos à organização. Por outro lado, deve o trabalhador realizar as determinações de segurança e saúde no trabalho, constituídas na legislação ou em documentos de regulamentação coletiva de trabalho, ou determinadas pelo proprietário da empresa.

O regime jurídico aplicável à promoção da segurança e da saúde no trabalho, de acordo com o previsto no Artigo 284º do CT, está disposto na Lei nº 102/2009. A referida lei transpõe para a ordem jurídica interna de Portugal diversas diretivas da comunidade europeia, consoante se depreende do seu art. 2º, *in verbis*:

“Artigo 2º

Transposição de diretivas comunitárias

1 - A presente lei transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pelo Regulamento (CE) n.º 1882/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro, pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho, e pelo Regulamento (CE) n.º 1137/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro.

2 - A presente lei complementa, ainda, a transposição das seguintes diretivas europeias:

a) Diretiva n.º 91/383/CEE, do Conselho, de 25 de junho, que completa a aplicação de medidas tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporário, alterada pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho;

b) Diretiva n.º 92/85/CEE, do Conselho, de 19 de outubro, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, alterada pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho;

c) Diretiva n.º 94/33/CE, do Conselho, de 22 de junho, relativa à proteção dos jovens no trabalho, alterada pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho;

d) No que respeita à proteção do património genético, as diretivas contendo prescrições mínimas de segurança e de saúde no trabalho contra os agentes químicos, físicos e biológicos, designadamente:

i) A Diretiva n.º 2004/37/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril, relativa à proteção dos trabalhadores contra riscos ligados à exposição de agentes cancerígenos ou mutagénicos durante o trabalho;

ii) A Diretiva n.º 2000/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de setembro, relativa à proteção dos trabalhadores contra riscos ligados à exposição a agentes biológicos durante o trabalho;

iii) A Diretiva n.º 98/24/CE, do Conselho, de 7 de abril, relativa à proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores contra os riscos ligados à exposição a agentes químicos no trabalho, alterada pela Diretiva n.º 2007/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho⁵⁵⁴”.

O Artigo 5º da Lei nº 102/2009 estabelece os princípios gerais e o sistema de prevenção de riscos profissionais, pelos quais é possível extrair que o trabalhador possui o direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, bem como que a prevenção dos riscos profissionais deve se basear numa correta e permanente avaliação de riscos, em especial quanto:

“d) A promoção e a vigilância da saúde do trabalhador; e) O incremento da investigação técnica e científica aplicadas no domínio da segurança e da saúde no trabalho, em particular no que se refere à emergência de novos fatores de risco; f) A educação, a formação e a informação para a promoção da melhoria da segurança e saúde no trabalho⁵⁵⁵”.

⁵⁵⁴ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&so_miolo=

⁵⁵⁵ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&so_miolo=

Nessa linha, o proprietário precisa garantir ao trabalhador meios de saúde em todos os aspectos do seu trabalho (art. 5º, nº 1):

“2 - O empregador deve zelar, de forma continuada e permanente, pelo exercício da atividade em condições de segurança e de saúde para o trabalhador, tendo em conta os seguintes princípios gerais de prevenção:

- a) Evitar os riscos;
- b) Planificar a prevenção como um sistema coerente que integre a evolução técnica, a organização do trabalho, as condições de trabalho, as relações sociais e a influência dos fatores ambientais;
- c) Identificação dos riscos previsíveis em todas as atividades da empresa, estabelecimento ou serviço, na conceção ou construção de instalações, de locais e processos de trabalho, assim como na seleção de equipamentos, substâncias e produtos, com vista à eliminação dos mesmos ou, quando esta seja inviável, à redução dos seus efeitos;
- d) Integração da avaliação dos riscos para a segurança e a saúde do trabalhador no conjunto das atividades da empresa, estabelecimento ou serviço, devendo adotar as medidas adequadas de proteção;
- e) Combate aos riscos na origem, por forma a eliminar ou reduzir a exposição e aumentar os níveis de proteção;
- f) Assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições aos agentes químicos, físicos e biológicos e aos fatores de risco psicossociais não constituem risco para a segurança e saúde do trabalhador;
- g) Adaptação do trabalho ao homem, especialmente no que se refere à conceção dos postos de trabalho, à escolha de equipamentos de trabalho e aos métodos de trabalho e produção, com vista a, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho repetitivo e reduzir os riscos psicossociais;
- h) Adaptação ao estado de evolução da técnica, bem como a novas formas de organização do trabalho;
- i) Substituição do que é perigoso pelo que é isento de perigo ou menos perigoso;
- j) Priorização das medidas de proteção coletiva em relação às medidas de proteção individual;
- l) Elaboração e divulgação de instruções compreensíveis e adequadas à atividade desenvolvida pelo trabalhador⁵⁵⁶”.

Para Paula Quintas, o “art. 15º, nºs 6 e 9, acolhe um dever especial de informação relativamente aos riscos para a segurança e saúde, e respectivas medidas de prevenção⁵⁵⁷”. Já o art. 19º, nº 2, prevê como momentos em que a informação deve ser fornecida ou atualizada: “a admissão na empresa; a mudança de posto de trabalho ou de funções; a introdução de novos equipamentos de trabalho ou alteração dos existentes; a adoção de uma nova tecnologia; ou quando de atividades que envolvam trabalhadores de diversas empresas”.

Fernando Cabral e Manuel Roxo conceituam a avaliação de riscos como o “processo de identificar, estimar (qualitativa ou quantitativamente) e valorizar os riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores⁵⁵⁸”. Este processo possui por finalidade, na visão dos mesmos autores, “obter a informação necessária à tomada de decisão relativa às ações preventivas a adoptar”.

⁵⁵⁶ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&sso_miolo=

⁵⁵⁷ QUINTAS, Paula. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁵⁸ QUINTAS, Paula. *Op. cit.*, p. 63.

Os serviços de segurança e saúde no trabalho devem manter atualizados os resultados das avaliações dos riscos, ao passo que os empregadores devem conservá-los pelo período de 40 anos, para consulta por parte das entidades fiscalizadoras (art. 46.º da Lei nº 102/2009).

Por outro lado, o trabalhador também possui obrigações no domínio da segurança e saúde no trabalho, inclusive com a possibilidade de vir a responder disciplinarmente em caso de violação. Estas obrigações estão expressamente previstas no art. 17.º da Lei nº 102/2009, como se vê abaixo:

“1 - Constituem obrigações do trabalhador:

- a) Cumprir as prescrições de segurança e de saúde no trabalho estabelecidas nas disposições legais e em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, bem como as instruções determinadas com esse fim pelo empregador;
- b) Zelar pela sua segurança e pela sua saúde, bem como pela segurança e pela saúde das outras pessoas que possam ser afetadas pelas suas ações ou omissões no trabalho, sobretudo quando exerça funções de chefia ou coordenação, em relação aos serviços sob o seu enquadramento hierárquico e técnico;
- c) Utilizar corretamente e de acordo com as instruções transmitidas pelo empregador, máquinas, aparelhos, instrumentos, substâncias perigosas e outros equipamentos e meios postos à sua disposição, designadamente os equipamentos de proteção coletiva e individual, bem como cumprir os procedimentos de trabalho estabelecidos;
- d) Cooperar ativamente na empresa, no estabelecimento ou no serviço para a melhoria do sistema de segurança e de saúde no trabalho, tomando conhecimento da informação prestada pelo empregador e comparecendo às consultas e aos exames determinados pelo médico do trabalho;
- e) Comunicar imediatamente ao superior hierárquico ou, não sendo possível, ao trabalhador designado para o desempenho de funções específicas nos domínios da segurança e saúde no local de trabalho as avarias e deficiências por si detetadas que se lhe afigurem suscetíveis de originarem perigo grave e iminente, assim como qualquer defeito verificado nos sistemas de proteção;
- f) Em caso de perigo grave e iminente, adotar as medidas e instruções previamente estabelecidas para tal situação, sem prejuízo do dever de contactar, logo que possível, com o superior hierárquico ou com os trabalhadores que desempenham funções específicas nos domínios da segurança e saúde no local de trabalho⁵⁵⁹”.

A obrigação do trabalhador de comparecer às consultas e aos exames determinados pelo médico do trabalho constitui meio de vigilância da saúde dos trabalhadores, que tem por função a “prevenção dos riscos laborais à análise das condições de trabalho e do estado de saúde dos trabalhadores com o objectivo de detectar os problemas de saúde relacionados com o trabalho e controlar os riscos derivados da execução do mesmo⁵⁶⁰”.

Com efeito, deve o empregador promover a realização de exames de saúde adequados a comprovar e avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da atividade, bem como a repercussão desta e das condições em que é prestada na saúde (art. 108º, nº 1).

⁵⁵⁹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&so_miolo=

⁵⁶⁰ QUINTAS, Paula. *Op. cit.*, p. 91.

Assim, devem ser realizados os seguintes exames:

“a) Exames de admissão, antes do início da prestação de trabalho ou, se a urgência da admissão o justificar, nos 15 dias seguintes; b) Exames periódicos, anuais para os menores e para os trabalhadores com idade superior a 50 anos, e de 2 em 2 anos para os restantes trabalhadores; c) Exames ocasionais, sempre que haja alterações substanciais nos componentes materiais de trabalho que possam ter repercussão nociva na saúde do trabalhador, bem como no caso de regresso ao trabalho depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente (nº 2 do mesmo dispositivo) ⁵⁶¹”.

O exame médico admissional poderá ser dispensado nos seguintes casos:

“ a) Em que haja transferência da titularidade da relação laboral, desde que o trabalhador se mantenha no mesmo posto de trabalho e não haja alterações substanciais nas componentes materiais de trabalho que possam ter repercussão nociva na saúde do trabalhador; e
b) Em que o trabalhador seja contratado, por um período não superior a 45 dias, para um trabalho idêntico, esteja exposto aos mesmos riscos e não seja conhecida qualquer inaptidão desde o último exame médico efetuado nos dois anos anteriores, devendo a ficha clínica desse mesmo exame ser do conhecimento do médico do trabalho (art. 108º, nº 6) ⁵⁶²”

Sem embargo da periodicidade anteriormente dita, o médico do trabalho, em face do estado de saúde do trabalhador e dos resultados da prevenção dos perigos profissionais na organização, pode aumentar ou reduzir a periodicidade dos exames (art. 108º, nº 4).

As análises clínicas atinentes aos exames de saúde são guardadas na ficha clínica do empregado, na forma do art. 109º da Lei nº 102/2009, que por sua vez está resguardada ao segredo profissional, só podendo ser proporcionada às autoridades de saúde e aos médicos afetos ao organismo com competência para a promoção da segurança e da saúde no trabalho do ministério responsável pela área laboral (nº 2 do mesmo dispositivo).

O empregado que deixar de oferecer serviço na empresa deverá receber cópia de sua ficha clínica (art. 109º, nº 4).

Quando do resultado da análise de admissão, periódico ou ocasional, o responsável do trabalho precisa, prontamente na sequência do exame concluído, preencher uma ficha de aptidão e despachar uma cópia ao titular dos recursos humanos da organização, a teor do art. 110º, nº 1, da Lei nº 102/2009. Esta ficha de aptidão não deve conter informações que envolvam segredo profissional (nº 3 do mesmo dispositivo) e precisa ser dada a apreciar ao empregado, bem como apresentar a assinatura com a aposição da data de ciência (nº 4 do mesmo dispositivo).

⁵⁶¹ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&so_miolo=

⁵⁶² http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis&so_miolo=

Se a conclusão do exame de saúde apresentar a inaptidão do empregado, o médico do trabalho deve assinar, se for o caso, outros cargos que por ele possam ser desempenhadas (art. 110º, nº 2); se a repercussão do ofício e das condições em que é realizado revelar-se nociva à saúde do empregado, o médico do trabalho precisa relatar tal fato ao titular pelo serviço de segurança e saúde no trabalho e, bem assim, se a condição de saúde o justificar, requerer o seu acompanhamento pelo médico auxiliar do centro de saúde ou outro médico apontado pelo empregado (nº 5 do mesmo dispositivo).

O exemplo da ficha de aptidão é apresentado por portaria dos membros do Governo titulares da área laboral e da saúde (art. 110º, nº 6). A Portaria nº 229/2007 aprovou a ficha de aptidão em que constará: o nome, a função e os outros elementos de identificação do trabalhador; a avaliação da aptidão em relação ao desempenho pretendido pelo empregador; e o resultado da avaliação, que pode ser: apto (sem restrições/com as restrições que são discriminadas/sob vigilância técnica); apto condicionalmente, ou seja, não totalmente apto para o exercício de quaisquer funções; inapto temporariamente; inapto definitivamente; e outras funções que pode desempenhar.

Nos termos dos artigos 17º, nº 2, e 19º, nº 3, ambos do CT, o médico titular dos testes e exames só pode informar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para realizar a atividade.

Ademais, o dispositivo legal nº 1 veda a exigência de testes ou exames médicos nos seguintes casos:

“1 - Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respetiva fundamentação⁵⁶³”.

Essa proteção ao trabalhador decorre do direito à preservação da intimidade da vida privada, que abrange o acesso e a divulgação de aspectos relacionados com o estado de saúde (art. 16º, nº 2, do CT).

Nos termos do art. 17º, nº 1, do CT, o proprietário não pode exigir do candidato a emprego ou do empregado que apresente informações relativas:

⁵⁶³ http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html

“a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação; e b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação⁵⁶⁴”.

Ademais, outras limitações à realização de exames e testes médicos na relação de trabalho decorrem do ordenamento jurídico, seja em relações mais específicas, a depender de determinadas atividades, seja de forma mais genérica, em proteção a direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana e aos desdobramentos do direito da personalidade, a exemplo da integridade pessoal, não discriminação e, até mesmo, da identidade genética do ser humano (artigos 25º e 26º, ambos da CRP).

Como decorrência da aplicabilidade desses direitos constitucionais nas relações de trabalho, o CT destinou a Subsecção II inteiramente aos direitos da personalidade. Com efeito, o art. 24º do CT estabelece o direito à igualdade no acesso a cargo e ao trabalho, de modo que o empregado ou o candidato a trabalho tenha direito a igualdade de conveniências e de tratamento no que concerne ao acesso ao emprego, à formação e à promoção de carreira profissional e aos meios de trabalho, não podendo ser elevado, favorecido, prejudicado, reservado de qualquer direito ou isento de qualquer obrigação em decorrência, nomeadamente, dentre outras razões, do patrimônio genético.

O disposto acima não prejudica a aplicação de disposições relativas à especial proteção de patrimônio genético (art. 24º, nº 3º, b), a exemplo do que ocorre com o Capítulo V da Lei nº 102/2009, que prevê em seu art. 41º as hipóteses capazes de implicar danos para o patrimônio genético: “agentes químicos, físicos e biológicos ou outros fatores que possam causar efeitos genéticos hereditários, efeitos prejudiciais não hereditários na progenitura ou atentar contra as funções e capacidades reprodutoras masculinas ou femininas”.

O empregador precisa analisar a existência de agentes ou fatores que venham ter efeitos maléficos para o patrimônio genético e ponderar os referidos riscos. A avaliação de riscos precisa levar em conta todos os elementos disponíveis, nomeadamente, tais como, a recolha de informação sobre os agentes ou fatores, bem como precisa caracterizar os trabalhadores expostos e aqueles que, sendo particularmente sensíveis, venham precisar de ações de proteção especial (art. 42º da Lei nº 102/2009).

⁵⁶⁴ http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html

Nos termos do art. 43º, nº 1, da Lei nº 102/2009, incumbe ao empregador proporcionar informação recente aos empregados e aos seus representantes para a proteção e saúde no trabalho sobre:

“a) As substâncias e misturas perigosas, os equipamentos de trabalho e os materiais ou matérias-primas presentes nos locais de trabalho que possam representar perigo de agressão ao património genético; b) Os resultados da avaliação dos riscos; c) A identificação dos trabalhadores expostos. Essas informações, por seu turno, devem ser colocadas à disposição do médico do trabalho ou da entidade pública responsável pela vigilância da saúde dos trabalhadores (nº 2 do mesmo dispositivo)⁵⁶⁵”.

Para o alcance desse desiderato, a própria legislação estabelece o dever de vigilância da saúde com a realização de exames médicos, tendo por foco a constatação de existência de riscos para o património genético do trabalhador, como se infere da transcrição integral do art. 44º da Lei nº 102/2009:

“Artigo 44.º

Vigilância da saúde

1 - Sem prejuízo das obrigações gerais em matéria de saúde no trabalho, o empregador deve assegurar a vigilância adequada da saúde dos trabalhadores em relação aos quais o resultado da avaliação revele a existência de riscos para o património genético, através de exames de saúde, devendo ser realizado um exame antes da primeira exposição.

2 - A vigilância da saúde referida no número anterior deve permitir a aplicação dos conhecimentos de medicina do trabalho mais recentes, ser baseada nas condições ou circunstâncias em que cada trabalhador tenha sido ou possa ser sujeito à exposição a agentes ou fatores de risco e incluir, no mínimo, os seguintes procedimentos:

- a) Registo da história clínica e profissional de cada trabalhador;
- b) Entrevista pessoal com o trabalhador;
- c) Avaliação individual do seu estado de saúde;
- d) Vigilância biológica sempre que necessária;
- e) Rastreio de efeitos precoces e reversíveis.

3 - Os exames de saúde são realizados com base no conhecimento de que a exposição aos agentes ou fatores de risco do património genético pode provocar as seguintes afeções:

- a) Alterações do comportamento sexual;
- b) Redução da fertilidade, designadamente nos diversos aspetos da espermatogénese e da ovogénese;
- c) Resultados adversos na atividade hormonal;
- d) Modificações de outras funções que dependam da integridade do sistema reprodutor.

4 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos números anteriores⁵⁶⁶”.

565

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1158&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

566

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1158&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=

Do resultado de tais exames, o médico do trabalho deve informar ao trabalhador e comunicar ao proprietário o resultado da vigilância, com intuito para a proteção de riscos, sem dano ao sigilo profissional a que se acha vinculado (art. 45º da Lei nº 102/2009).

O empregado tem direito, a seu pedido, ao registro de saúde que lhe diga respeito, podendo pedir a revisão deste resultado. Já o empregador, de posse do resultado:

“a) Repete a avaliação dos riscos; b) Com base no parecer do médico do trabalho, adota eventuais medidas individuais de proteção ou de prevenção e atribui, se necessário, ao trabalhador em causa outra tarefa compatível em que não haja risco de exposição; c) Promove a vigilância prolongada da saúde do trabalhador; d) Assegura a qualquer trabalhador que tenha estado exposto a agentes ou fatores de risco para o património genético um exame de saúde incluindo, se necessário, a realização de exames complementares⁵⁶⁷”.

Não obstante as normas retromencionadas, necessário analisar mais a fundo a possibilidade e/ou limites para o uso do genoma humano em testes e exames médicos ocupacionais, a partir da ordem jurídica portuguesa e europeia que trata sobre a temática, ainda sob a luz dos direitos fundamentais à intimidade e à saúde e segurança do próprio trabalhador e de terceiros.

5.7 ANÁLISE DO CAPÍTULO

É trabalhoso tentar esmiuçar a situação de uso do teste de sequenciamento genético em ambiente de seleção de candidato a emprego. De início, engloba o entendimento da importância da estruturação do direito do trabalho na busca pela preservação do trabalhador, resguardando sua dignidade humana. Em seguida, verifica-se que tal direito do trabalho aplica-se em um novo ambiente de mercado de trabalho, o qual sofreu influência da globalização.

Neste novo contexto laboral, impulsionado pela globalização, o empregador tem um maior nível de exigência produtiva devido à maior abertura do mercado e, consequentemente, ao maior nível de concorrência. Essa situação requer o alcance da excelência de serviço ou produto, a fim de que se obtenha a lucratividade desejada. Tal fato fez surgir novas exigências do empregador quanto à capacidade profissional do empregado, que também deve ter excelência para se qualificar ao emprego, o que gera um ambiente de competitividade acirrada entre os trabalhadores.

Como a legislação trabalhista portuguesa e a brasileira detectam a relação de emprego só após a contratação, o empregador tem liberdade e autonomia para eleger a forma

567

de seu processo seletivo de emprego, abrangendo currículos, entrevistas, testes psicológicos e exames médicos. Fica, portanto, ao critério da boa-fé do empregador a forma de conduzir seus processos de seleção de empregados.

Como não há vínculo contratual e usa-se o princípio da boa-fé para se conduzir o processo de seleção de candidatos a emprego, chega-se a uma situação de desequilíbrio na relação entre futuro empregador e candidato a emprego. Isso porque o empregador é o lado mais forte da relação, pois, além de ter maior peso financeiro, tem o poder de eleger o tipo desejado de candidato a emprego e a forma como este deve ser escolhido. Assim, abrem-se diversas portas para práticas discriminatórias (cor, sexo, idade, religião etc.). Atualmente, com o uso do exame de sequenciamento genético em processo de seleção de candidato a emprego, surgiu nova modalidade de discriminação laboral: a discriminação genética.

As informações genéticas de um candidato a emprego captadas em exame de pré-seleção, mesmo de foro íntimo e privado do candidato, podem resultar em discriminação, pois se ele tiver tendência genética a desenvolver determinada doença no futuro, pode não ser contratado, ainda que tenha aptidão profissional e saúde no momento presente.

Resta, portanto, perceber como a legislação pode proteger o candidato a emprego de uma situação de discriminação genética, mesmo que o candidato seja permissivo aos métodos de seleção de candidatos do empregador, ofertando, com consentimento, suas informações genéticas devido à ânsia de conquistar o emprego.

6. A PROTEÇÃO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS DOS TRABALHADORES

Das diversas possibilidades de uso do sequenciamento genético decorrem consequências nas relações humanas, gerando situações que ferem os princípios de dignidade humana. Como exemplo, a possibilidade de consulta por terceiros de dados de sequenciamento genético de uma determinada pessoa, sem a devida integralização de sigilo ou de privacidade do indivíduo testado. Tal situação pode afetar sua vida social e profissional, pois ter seu histórico de tendências de doenças genéticas liberado para consulta de terceiros pode implicar efeito discriminatório junto à sociedade.

Nesta conjuntura, o presente segmento da revisão literária da tese examina o aparato normativo para a proteção das informações de sequenciamento genético do trabalhador. De maneira especial, investiga as interpretações normativas que assessoram a situação de disponibilização de tais informações a terceiros, no caso, com atenção voltada para aquelas adquiridas por empregadores via solicitação de teste de mapeamento genético do trabalhador em seleção de candidatos.

6.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO À INTIMIDADE

José Eduardo Figueiredo Dias, destaca que discutir o conceito de privacidade, é algo um tanto complexo e que foge dos objetivos do tema abordado, ocorre que este autor opta por utilizar a expressão “intimidade das pessoas”, que segundo este foi também opção do legislador constituinte português⁵⁶⁸.

Destaca-se que quando se realiza uma análise de direito comparado, muitas são as dificuldades. Mesmo nos Estados Unidos da América, não existe uma definição única e tão pouco uma teoria unificada sobre a privacidade na Constituição deste país, desta forma, as divergências ocorrem muitas vezes pelo fato do conceito ser uma criação da jurisprudência. Na Alemanha o conceito de privacidade foi da mesma forma formulado pelos tribunais de forma prática, o que prejudica a formulação de uma teoria unificada sobre a privacidade. De igual forma na França, o conceito dos direitos de privacidade foi desenvolvido pelos tribunais, e em muitos casos os doutrinadores deste país tem debatido as dificuldades em exprimir uma boa dominação para este direito. Tais dificuldades de tradução são percebidas em todas as línguas, pelo que existe uma relação muito forte entre a privacidade e a vida privada. Desta

⁵⁶⁸ DIAS, J. E. F. - *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*. Publicado nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, colec. Studia Iuridica, nº 61, Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

feita, não é um tanto interessante se prender na utilização correta da expressão, definir com rigor “privacidade” é uma tarefa demasiadamente complexa. O essencial é compreender os valores que estão tutelados pelo direito à privacidade, à garantia da vida privada e familiar ou à intimidade da vida privada⁵⁶⁹.

É necessário ainda, destacar que a relatividade do conceito decorre de se versar de um conceito cultural, que se altera com o tempo, espaço e o tipo de pessoas que se está abordando.

As lições do doutrinador Manuel da Costa Andrade são de grande importância, visto que:

"a própria noção de reserva é subjectiva e variável em função dos sujeitos, dos lugares e dos momentos históricos. Os limites da esfera privada são elásticos, dependendo das circunstâncias, do contexto em que se encontra um determinado sujeito, das suas relações de poder (...); o conceito de reserva é um conceito 'cultural' no sentido mais amplo do termo, isto é, depende da 'cultura' da sociedade em que é utilizado⁵⁷⁰".

Ao proteger o bem jurídico da intimidade e da privacidade, se esta protegendo um direito de personalidade que precisa ser considerado como algo importante que faz parte do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

A finalidade principal da proteção jurídica da privacidade é a de garantir ao indivíduo experiências, ocorrências e informações que ele busque guardar para si dos olhos públicos, que por decorrerem de vivências íntimas deseja que assim permaneça. Neste caso, temos em causa o direito de estar só e com os indivíduos com quem desejamos dividir os acontecimentos de nossa vida privada, precisando o direito à intimidade alcançar as pessoas e suas experiências.

Contudo, o atual entendimento do conceito de privacidade e de seus valores que estão em debate, superam os interesses da proteção de interesses individuais, em que os direitos à privacidade não podem somente ser definidos como: “o direito de permanecer sozinho”, ressaltando na doutrina portuguesa e estrangeira o valor ou dimensão social e comunitária da privacidade. Atualmente, a tutela da proteção da privacidade é uma obrigação do homem e de toda a sociedade, não podemos colocar de lado a concepção relacional da reserva. Em uma época em que o relacionamento com os demais e com a sociedade se desenvolve das mais variadas formas, desta feita a própria população é quem irá sofrer se continuarmos nesta esteira, portanto deve ser reservado ao indivíduo e para os seus familiares

⁵⁶⁹ DIAS, J. E. F. – *op. cit.*, 2001.

⁵⁷⁰ ANDRADE, M. C. – *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 93.

as suas experiências pessoais. Ainda mais no momento no qual vivemos, em que a comunicação esta bastante avançada e a troca e o acesso estão cada vez mais fáceis à informação, por isto é essencial garantirmos a intimidade da pessoa⁵⁷¹.

O significado e a relevância da tutela da privacidade podem ser percebidos pelo fato de formarem um objetivo horizontal da ordem jurídica, ou seja, em seu conjunto está consagrada, não só a nível constitucional, mas também pelos demais ramos, tai como o direito administrativo, penal e civil.

Temos também os documentos internacionais de proteção do homem, que tutelam a privacidade, protegendo-a, é o que percebemos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seus artigos 12, 6 e 15, tal como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 8 e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos em seu artigo 17.

Em relação a ordens jurídicas Estatais, a tutela da proteção da privacidade em nível constitucional tem fomentado certas polêmicas, em países como Inglaterra, Estados Unidos e na própria Alemanha, visto que o direito à vida privada está sendo desenvolvido a partir do direito geral de personalidade.⁵⁷²

Observa-se que no direito português, esta discussão está um tanto superado, pois o direito à intimidade da vida privada e familiar está insculpido no nº 1 do artigo 27 da Constituição da República Portuguesa, com a relevância jurídica decorrente de estar assentado no rol dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Bem como, na legislação ordinária, visto que o Código Civil, garante em seu artigo 70 a proteção da personalidade, e em seu artigo 80 o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Além disso, o Código Penal consagra uma série de elementos que protegem bens jurídicos pessoais, em que se tutelam a garantia da vida privada e da intimidade, artigos 192 e 193 do Código Penal.

O valor da humanidade, está intimamente ligado na variedade humana e não em sua homogeneidade, e é cada vez mais essencial proteger a dignidade humana, ninguém pode ser discriminado por conta do genoma, conforme o art.º 13.º da CRP e o art.º 5.º da CFB, em que nos diz que todos são iguais perante a lei e sem distinção de qualquer natureza.

Porém, a discussão aqui, volta-se para a discriminação genética, que tem sido uma nova forma de discriminação.

⁵⁷¹ *Idem.*

⁵⁷² DIAS, J. E. F. – *op. cit.*, 2001.

Ademais, por meio do Projeto Genoma, foi possível concluirmos que em certos pontos, somos genomicamente mais semelhantes do que imaginávamos. Contudo, percebeu-se que em outros pontos essenciais as distinções que nos separam dos demais são mais extensas. Chamamos aqui a atenção para o perigo de discriminação e a ameaça ao princípio da igualdade, pois podemos estar partindo para uma “genomacracia”⁵⁷³.

A personalidade da pessoa humana são os atributos atinentes às particularidades morais e psicológicas que exigem estima à dignidade dos seres humanos, motivo pelo qual o tratamento discriminatório e preconceituoso ocasiona certos danos. Tratar os direitos de personalidade é valorizar o estudo sobre “os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”⁵⁷⁴.

Abordar o direito que versa sobre a não discriminação antijurídica é buscar apresentar em que momentos o tratamento desigual não é aceito pela sociedade e proibido pelo ordenamento jurídico, sempre levando em consideração que o direito à igualdade é um dos mais essenciais direitos do homem, em todas as relações que o cercam. Desta forma, o tratamento desigual atrasa o desenvolvimento das potencialidades e capacidades dos indivíduos, e é esse atraso que o Estado de Direito precisa evitar de todas as formas.

O direito à igualdade está inserido no rol dos direitos da personalidade, ao lado de direitos igualmente relevantes, tais como a honra, a vida, o direito ao sigilo e a intimidade, em nosso caso, destaca-se estes dois últimos, tendo em vista a relevância do estudo aqui abordado, que trata da discriminação genética por meio da divulgação do genoma.

“A discriminação por motivos genéticos viola os direitos da personalidade porque coloca o ser humano na posição de um simples objeto da natureza, uma mera consequência da ação biológica, sendo julgado não de acordo com as suas possibilidades sócioambientais, mas como se fosse uma coisa, fruto e brinquedo do seu código genético, o que afronta a proteção que a personalidade, como instituto fundamental do direito civil, merece”⁵⁷⁵.

O ordenamento jurídico português tutela a dignidade da pessoa humana, pelo que rechaça a discriminação genética, conforme o art. 1.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁷³ ARCHER, L. J. B. - *Da Genética à Bioética*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 158.

⁵⁷⁴ GOMES, O. - *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Forense, 2000, p. 148.

⁵⁷⁵ LIMA NETO, F. V. - *O Direito de não sofrer discriminação genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A Europa possui um grande histórico e tradição, quando se trata de documentos jurídicos que buscam a garantia e o respeito pela dignidade humana, garantindo tutela ao indivíduo contra efeitos maléficos dos avanços tecnológicos

Desta forma, merece destaque a convenção de Oviedo, um dos nomes da Convenção sobre os Direitos do homem e a Biomedicina, do ano de 1997, que em seu art.º 11.º garante a não-discriminação de um indivíduo em decorrência de seu patrimônio genético nos seguintes termos: “É proibida toda a forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético”.

Por conseguinte, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia do ano 2000, consagra a proteção dos direitos fundamentais perante o progresso da sociedade e do desenvolvimento tecnológico e científico, especialmente no art.º 3.º, que veda as práticas de eugenia, sobretudo as que possuem finalidade de seleção de indivíduos, como também a discriminação em decorrência de características genéticas, garantindo a igualdade de todos diante a lei, conforme os artigos 20º e 21º da referida carta.

Sendo como o principal documento a tratar do assunto, temos a Declaração do Genoma Humano e dos Direitos do homem, que no ano de 1997, passou a ser adotada pela UNESCO, apresenta em seu art.º 6.º: “Nenhuma pessoa será sujeita a discriminação com base nas características genéticas, que tenha como objectivo ou como efeito atentar contra os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana”.

Esta declaração é de grande valor na forma em que é meio jurídico, ao contrário das anteriores que somente eram recomendações e conclusões, e possui status universal abordando temas específicos em relação ao genoma humano

Por conseguinte, em 16 de outubro de 2004, veio a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que protege a informação sobre as características de hereditariedade dos indivíduos, obtidas por análise de ácidos nucleicos ou outras formas de análises científicas. O 3.º art.º desta referida declaração elucida que:

“cada indivíduo possui uma configuração genética característica” e que “a identidade de uma pessoa não deveria ser reduzida aos seus traços genéticos, pois nela se influem complexos fatores relacionados à educação, ambientais e pessoais, assim como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais dessa pessoa com outros seres humanos⁵⁷⁶”.

Em seu 7.º artigo, sustenta a concepção de que os países precisam fazer o possível para proteger e garantir que os dados genéticos humanos não venham a ser utilizados com intuito

⁵⁷⁶ <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>

de gerar discriminação ou que venham violar os direitos humanos, bem como a dignidade de uma pessoa.

Posteriormente no ano de 2005, foi aprovada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da qual destacamos os artigos 9.º, 10.º e 11.º:

“Artigo 9 – Privacidade e Confidencialidade.

A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos.

Artigo 10 – Igualdade, Justiça e Equidade.

A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.

Artigo 11 – Não-Discriminação e Não-Estigmatização.

Nenhum indivíduo ou grupo deve ser discriminado ou estigmatizado por qualquer razão, o que constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais⁵⁷⁷”.

Com a concepção de uma boa aplicação às investigações genéticas, a Organização Mundial da Saúde, firmou a seguinte ordem ética:

“prevenção de discriminação injusta ou de favoritismo no emprego, nos seguros ou no sistema escolar baseada na informação genética, que nada mais é do que a consagração do princípio da não-discriminação genética, aprovando ainda, no que concerne ao acesso ao diagnóstico genético, o princípio da privacidade do indivíduo e da família contra injustificadas intrusões de empregadores, companhias de seguros e escolas⁵⁷⁸”.

Conforme o art. 26.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, todo a pessoa humana possui o direito à identidade pessoal, pois cada indivíduo é uma identidade em si mesmo, uma realidade única e diferente dos demais. Por isto, fazemos um pequeno adicional, ou seja, a individualidade do ser humano esta intimamente ligada a irrepetibilidade do genoma de cada pessoa, o que elimina a aceitação constitucional da clonagem reprodutiva de seres humanos.

Desta forma, entendemos que: não podem existir dois tipos de pessoas, as que podem e as que não podem conhecer suas origens genómicas. Sendo assim, ninguém pode ser negado o direito a conhecer a si próprio ou a integralidade de sua identidade genómica.

Atualmente, cada vez mais os empregadores solicitam teste de sequenciamento genético, não sendo mais raro tal fato acontecer antes ou após a contratação do trabalhador. Indutivamente, tal prática de execução de teste de sequenciamento genético, que deveria focar

⁵⁷⁷

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4098241/mod_resource/content/1/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Direitos%20Humanos%20e%20Bio%C3%A9tica%20UNESCO.pdf

⁵⁷⁸ LIMA NETO, F. V. – *op. cit.*, 2008.

na saúde do trabalhador, abre espaço para uma postura de discriminação laboral por parte do empregador, ferindo os preceitos de dignidade humana⁵⁷⁹.

Nesta conjuntura, surgiram novas interpretações normativas para salvaguardar a dignidade humana, assim como para ordenar o uso da descoberta científica do genoma humano de forma ética.

Barbas⁵⁸⁰ sintetiza a situação quando destaca que séculos e mais séculos de várias civilizações jurídicas conferiram ao homem um direito fundamental que é precisamente a tutela da sua própria personalidade. Mas adverte para o fato de que, concomitantemente, séculos e séculos de civilizações médicas puseram em “risco” a sua “inviolabilidade”.

Nesse sentido, a tutela da personalidade se estabelece através do domínio e da autonomia do indivíduo em gerir sua personalidade, numa ambientação de direito subjetivo. A personalidade é uma junção de características internas do indivíduo, que abrange seu aporte material e moral manifestado no ambiente coletivo em que vive, sendo um atributo não identificável.

Para Quintas, a personalidade está diretamente relacionada à “possibilidade de se conferir a uma pessoa a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações⁵⁸¹”. “Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade etc. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser⁵⁸²”, conforme especifica Souza.

Já Cupis assim discorre sobre os direitos da personalidade:

“I – Direito à vida e à integridade física. II – Direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver. III – Direito à liberdade. IV – Direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo). V – Direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal). VI – Direito moral de autor⁵⁸³”.

França⁵⁸⁴ os destaca em três vertentes de direito: da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral. Instala-se, dessa maneira, conforme Beltrão⁵⁸⁵, uma situação para além dos direitos pessoais, pois os direitos da personalidade abarcam a

⁵⁷⁹ MYSZCZUK, A. P.; MEIRELLES, J. M. - testes genéticos, eugenia e contrato do trabalho: análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. *Anais. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 1.117-1.220. São Paulo: CONPEDI, 2009.

⁵⁸⁰ BARBAS, S. M. A. M. *Op. cit.*, 2007, p. 245.

⁵⁸¹ QUINTAS, P. C. - *Manual de direito da segurança e saúde no trabalho* – 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 64.

⁵⁸² SOUZA, S. I. - *Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade*. São Paulo: Manole, 2002.p. 1.

⁵⁸³ CUPIS, A. - *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.p. 53.

⁵⁸⁴ FRANÇA, R. L. - Direitos privados da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 370, p. 10-11, Ago./1966.

⁵⁸⁵ BELTRÃO, S. R. - *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

fundamentação ética da dignidade da pessoa humana, sendo estes inatos ao ser humano. Esse autor ressalta que o respeito aos direitos da personalidade são intrínsecos à relação humana, fazendo parte da consciência do comportamento individual das pessoas e carecendo de normatização. Fermentão⁵⁸⁶ ressalta que os direitos da personalidade se vinculam à garantia individual de valores, tais como: sentimento, inteligência, desejo, equidade, segurança e evolução da própria personalidade.

Com base em Cupis⁵⁸⁷, podem-se determinar algumas características distintas, também denominadas esferas, dos direitos da personalidade, conforme ilustra a Figura 3.

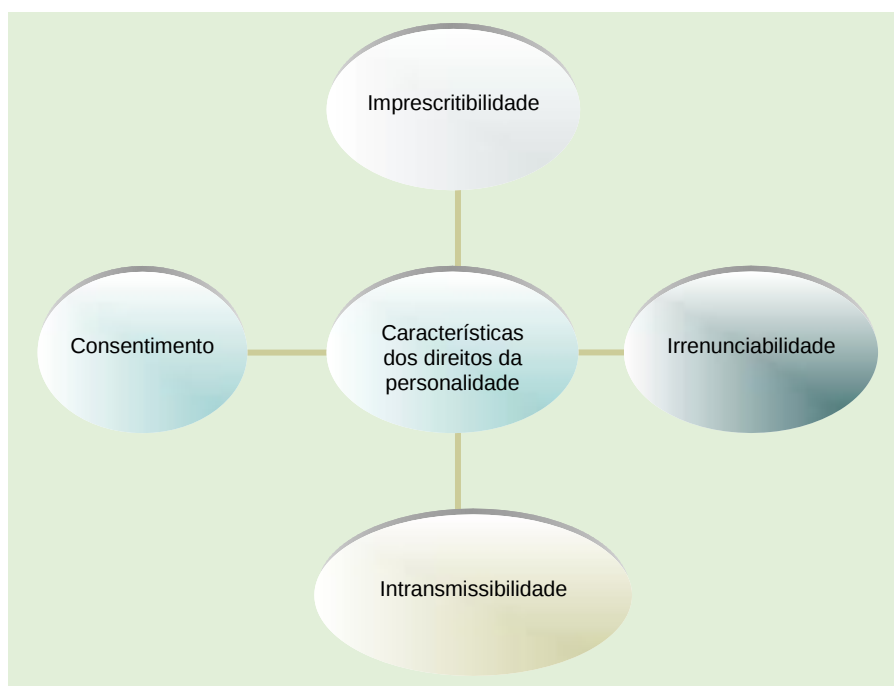


Figura 3 - Características dos direitos da personalidade⁵⁸⁸.

Explica-se:

- a) Intransmissibilidade – não há como o indivíduo se transferir ou se separar de seus direitos da personalidade (bem);
- b) Indisponibilidade – por ter intransmissibilidade, o indivíduo não pode disponibilizar seus direitos da personalidade;
- c) Irrenunciabilidade – não existe a possibilidade de o indivíduo eliminar ou renunciar a seus direitos da personalidade;
- d) Imprescritibilidade – não existe extinção dos direitos da personalidade;

⁵⁸⁶ FERMENTÃO, C. A. G. R. - *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁵⁸⁷ CUPIS, A. - *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961, p. 32.

⁵⁸⁸ *Idem*, p. 40-53.

e) Consentimento – quando indivíduo permite por vontade própria a intromissão (ou lesão) aos seus direitos de personalidade, não havendo extinção nem renúncia destes; dessa maneira, a disponibilidade não afeta a essência dos seus direitos de personalidade.

É nesta seara que se insere o sequenciamento genético do trabalhador, composição que representa suas características genéticas advindas de seus antepassados, as quais se qualificam como propriedade individual e pessoal, portanto, com abrangência jurídica nos direitos da personalidade. Logo, pode-se averiguar a presença das características dos direitos da personalidade das informações de sequenciamento genético, com aporte de intimidade acerca do trabalhador.

Nesses termos, o sequenciamento genético do trabalhador é um módulo de informação biológica pessoal que necessita de garantia, pertinente aos direitos fundamentais⁵⁸⁹. Portanto, é factível averiguar que informações genéticas, pessoalíssimas, advindas da descoberta científica do genoma humano podem ser alvo de violação dos direitos da personalidade. Para Barbas⁵⁹⁰, descobertas científicas podem violar os direitos da personalidade (e até comercializá-los), atingindo o sujeito. Cabe à filosofia do direito equilibrar a relação existente “entre o princípio da igualdade do homem” e o “princípio da **liberdade deste mesmo homem**”⁵⁹¹.

Como formato equilibrador, o Código Civil Português⁵⁹², apesar de não trazer uma definição sobre direito de personalidade ao longo do texto⁵⁹³, reconhece tais direitos em seus artigos 70 a 81, sobressaindo os artigos 70 e 80 para acomodação normativa mais próxima à temática do sequenciamento genético do trabalhador:

“Artigo 70 - 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. [...] Artigo 80 - 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

⁵⁸⁹ VIANA, R. C. L. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013. p. 30-34.

⁵⁹⁰ BARBAS, S. M. A. M. *Op. cit.*, 2007, p. 245.

⁵⁹¹ *Idem*, p. 245.

⁵⁹² PORTUGAL - *Código Civil Português. Atualizado, 1966*. [Em linha]. [Consult. 12 de junho de 2015]. Disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf.p.21-23.

⁵⁹³ QUINTAS, P. C. - *Manual de direito da segurança e saúde no trabalho* – 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 141.

Também, como formato equilibrador, o Código Civil Brasileiro⁵⁹⁴ reconhece os direitos da personalidade em seus artigos 11 até 21, sobressaindo entre eles os artigos 12 e 21, mais próximos à temática do sequenciamento genético do trabalhador:

“Artigo 12 - Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. [...] Artigo 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Destaca-se, ainda, que tanto no Código Civil Português (artigo 66º) como no Código Civil Brasileiro (artigo 2º), restam reconhecidos os direitos da personalidade no instante do nascimento com vida. Já o encerramento dos direitos da personalidade ocorre com a morte, conforme o Código Civil Português (artigo 68º) e o Código Civil Brasileiro (artigo 6º)^{595 596}.

Ambos os Códigos Civis, português e brasileiro, sustentam juridicamente os direitos da personalidade, estabelecendo o reconhecimento do direito individual, personalíssimo, como uma ramificação dos direitos fundamentais, a tutelar a dignidade da pessoa humana. “Trata-se, assim, de uma notória restrição do condicionamento proveniente do instrumentalismo, resultado do entendimento segundo o qual certos aspectos do indivíduo não podem servir de meio para dados fins, ainda que esse próprio indivíduo o queira⁵⁹⁷”, conforme sintetiza Gama. Portanto, os direitos da personalidade promovem a tutela existencial, num ambiente conceitual de liberdade e autonomia privada do indivíduo, com o devido respeito à dignidade humana.

Na mesma direção, Quintas⁵⁹⁸ destaca que os direitos da personalidade estão incorporados no conceito de dignidade humana, “considerada esta como um bem axiológico de natureza absoluta”. Trata-se de uma tutela ao indivíduo, na condição de trabalhador. Dito de outro modo, falar sobre direitos de personalidade no âmbito laboral é falar sobre a indissociabilidade entre o indivíduo e o trabalho nessa relação. Como aponta Quintas⁵⁹⁹, o objeto contratual é a atividade, e não o indivíduo-trabalhador. Nessa linha, o autor realça a

⁵⁹⁴ BRASIL - *Código civil brasileiro e legislação correlata*. 2.ª ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. p.145-146.

⁵⁹⁵ PORTUGAL. *Op. cit.*, 1966.

⁵⁹⁶ BRASIL. *Op. cit.*, 2008.

⁵⁹⁷ GAMA, A. C. - *Direito Civil: sistemas dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 54.

⁵⁹⁸ QUINTAS, P. C. - *Os direitos da Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Edições Almedina, 2013. p. 23.

⁵⁹⁹ QUINTAS, P. C. - *Os direitos da Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Edições Almedina, 2013. p. 48 e 55.

necessidade de adoção de uma perspectiva subjetivista em relação ao direito do trabalho, enquanto ramo do Direito que venha a tutelar a parte mais frágil da relação jurídica.

Sublinha-se que, nos tempos atuais, o ser humano ocupa, cada vez mais, o centro e o fim do direito⁶⁰⁰. Tais centralidade e finalidade remontam à observância da dignidade humana, da qual se depreendem os quatro desdobramentos que seguem, conforme ensinamentos de Flórez-Valdés *apud* Quintas⁶⁰¹:

- “a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez que integram a sociedade como pessoas;
- b) garantia da independência e de autonomia do ser humano, de forma a obstar a toda e qualquer coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda a atuação que implique a sua degradação;
- c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem;
- d) não admissibilidade da negação dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou da imposição de condições sub-humanas de vida”.

Para Bittar⁶⁰², a conjuntura dos direitos da personalidade estabelece proximidade entre a normatização e a contemporaneidade da vida humana, a qual se mantém em contínua alteração, tanto no tempo como no espaço. Logo, a tutela da personalidade, enquanto direito fundamental, pode ser empregada para a preservação da intimidade do indivíduo, mesmo que haja renúncia ou transmissão dela por parte de seu titular, de forma livre e consciente, para fins de alcançar seu bem maior. Constatase, dessa forma, que o direito à intimidade, quando os aspectos da personalidade são preservados do conhecimento de terceiros, constitui uma necessidade moral da personalidade ante a sociedade.

Portanto, o direito à intimidade oferece guarida ao indivíduo, dando-lhe direito à sua reserva e à sua paz junto à sociedade. Isso porque as informações pessoais podem ser privadas, tais qual um direito autônomo da personalidade, devendo ser protegidas da indiscrição de terceiros, como no caso das informações genéticas do empregado.

Tal contexto protetivo do direito à intimidade expressa o princípio da exclusividade proposto por Arendt, que, embasada em Kant, o erigiu como modelador de amparo às violações íntimas dos indivíduos junto à sociedade, o qual tem por base o cumprimento de três necessidades: a solidão (querer ficar só), o segredo (desejo pelo sigilo) e a autonomia (independência sobre si, ainda que seja fornecedor de informações). Assim, o direito à intimidade repercute o direito de fazer ou não fazer, oferecendo o livre-arbítrio ao indivíduo acerca de suas intimidades.

⁶⁰⁰ *Idem*, p. 65.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 66.

⁶⁰² BITTAR, C. A. - *Os direitos da personalidade*. 5.^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 10 -34.

Compreendida a feitura do direito à intimidade e do direito da personalidade, torna-se cabível a análise da vida privada, justamente porque esta é parte integrante desses direitos, conforme Costa Júnior⁶⁰³ e Fregadolli⁶⁰⁴.

Segundo Fregadolli⁶⁰⁵, a privacidade remete a atributo da personalidade, estabelecendo vínculo de direito, não sendo esse um direito de origem patrimonial, tratando-se, sim, de um direito a atributo indisponível e absoluto da personalidade e, por conseguinte, da intimidade. Estabelece-se, assim, o direito à privacidade, um elemento maior do que o direito do indivíduo a ter paz ou tranquilidade⁶⁰⁶, posto ser um direito de proteção à dignidade humana e, nessa esteira, um elemento constitucionalista pertinente ao direito fundamental. Impõe “[...] ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade⁶⁰⁷”.

Desse modo, é possível dizer que a privacidade permeia a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo, abrangendo três segmentos distintos em ordem crescente de foro íntimo, conforme ilustra a Figura 4.

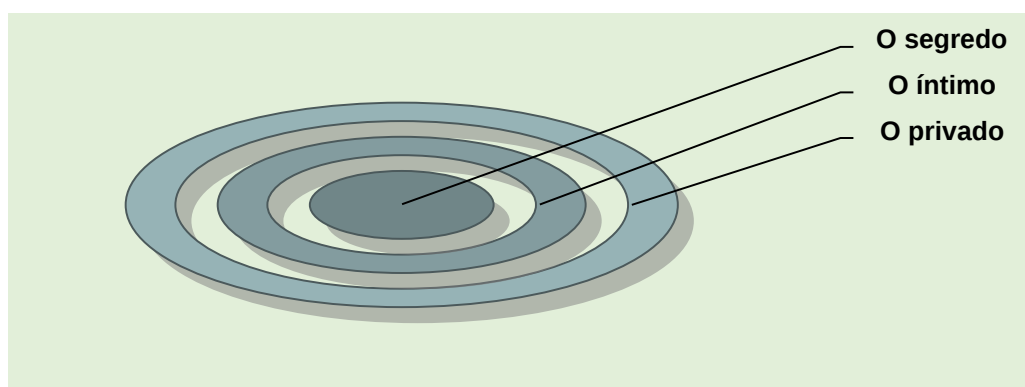


Figura 4 - Abrangências e segmentos da privacidade⁶⁰⁸.

Explica-se:

⁶⁰³ COSTA JÚNIOR, P. J. - *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 5-92.

⁶⁰⁴ FREGADOLLI, L. - *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 37-41.

⁶⁰⁵ QUINTAS, P. C. - *Manual de direito da segurança e saúde no trabalho* – 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 48 e 55.

⁶⁰⁶ Observa-se, que até a Declaração dos Direitos Universais do Homem (1948) o direito à privacidade se resumia à proteção da paz ou tranquilidade; somente depois se instituiu maior calibre protetivo, abarcando a proteção aos direitos humanos.

⁶⁰⁷ SARLET, I. W. - *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 122.

⁶⁰⁸ HAMMERSCHMIDT, D. - *Intimidade genética & direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 5-93.

a) Primeiro – o privado, abrangendo nuances pessoais que incluem objetos e/ou animais;

b) Segundo – o íntimo, compreendendo aspectos mais restritos da privacidade do indivíduo, como preferências, vontades ou gostos;

c) Terceiro – o do segredo, envolvendo aspectos mais reservados do indivíduo do que os segmentos anteriores (privado e íntimo), pois representa reservas secretas do indivíduo, eleitas de forma natural ou por escolha⁶⁰⁹.

Para Quintas⁶¹⁰, ao tratar da esfera privada do trabalhador, o legislador do Código Trabalhista Português vale-se da teoria alemã das três esferas: *Spharentheorie*. Conforme a teoria em apreço, há uma distinção entre as esferas pública, privada e íntima. Aqui, merece registro que as primeiras teorizações sobre essas esferas remetem a Hubmann, e conformam uma distinção entre as esferas individual, com a proteção da identidade em relação a terceiros, e privada, com a proteção dos demarcadores da personalidade.

Machado *apud* Quintas⁶¹¹ faz referência a três distinções tecidas pela doutrina, a saber: esfera pessoal, que compreende “as relações que o sujeito estabelece com o meio social”; esfera privada, que compreende “a trajetória do indivíduo ou à sua inserção em contextos de maior proximidade afetividade e relacional”; e esfera íntima, que compreende “os aspectos relativos ao mundo dos sentimentos, das emoções, da existência biopsíquica, da sexualidade”.

Assevera Costa Júnior⁶¹² que o direito à privacidade estabelece controle do indivíduo em seu domínio privado, em sua intimidade, em sua ordem pessoal. Com base nos artigos constitucionais português (artigo 24º) e brasileiro (artigo 5º), os direitos fundamentais protegem o direito à privacidade, como uma expansão da personalidade e intimidade. O artigo 5º da Constituição Brasileira, em seu inciso X, potencializa o domínio privado quando estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação⁶¹³”.

Nesta circunstância, o direito à privacidade consiste na proteção em relação à intromissão (ou conhecimento) de terceiros acerca de fatores restritos à vida pessoal de um

⁶⁰⁹ *Idem*, p. 5-93.

⁶¹⁰ QUINTAS, P. C. - *Os direitos da Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Edições Almedina, 2013. p. 216.

⁶¹¹ QUINTAS, P. C. *Op. cit.*, p. 217.

⁶¹² COSTA JÚNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 5-92.

⁶¹³ BRASIL. - *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 5.

indivíduo, o qual deve consentir (ou não) se suas particularidades podem ser partilhadas, e, ainda, em que ocasiões isso pode ocorrer. Além do limite instituído pelo interessado ao direito à privacidade, esta pode ser limitada pelo interesse público ou pela liberdade informativa ou de expressão.

Protege-se, portanto, a esfera privada do domínio de terceiros, ou mesmo do domínio público. No caso, a intimidade do indivíduo se estabelece como um bem jurídico, constituído por meio de valores de ordem material, moral e espiritual. Há uma magnitude subjetiva no direito à privacidade, que faz com que este seja trabalhado por meio da jurisprudência, a qual o trata como parte dos direitos da personalidade, podendo instituir sua tutela.

6.2 NORMATIZAÇÃO PARA O PATRIMÔNIO GENÉTICO DO EMPREGADO

O artigo 14 do Código do Trabalho, sob os termos Liberdade de expressão e de opinião, define que:

“É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representem, e do normal funcionamento da empresa⁶¹⁴”.

Para compreendermos melhor, uma empresa não poderá impedir que os seus funcionários, venham manter no ambiente de trabalho, conversas com conteúdo que não sejam somente profissional, desta forma temos:

“A liberdade de expressão e de opinião no âmbito da empresa constitui uma condição necessária à tutela da dignidade do trabalhador. A circunstância de o trabalhador se obrigar a prestar uma actividade sob as ordens e direcção de outrem em regime de subordinação jurídica não significa que lhe esteja vedada a possibilidade de expor e divulgar livremente no local de trabalho o seu pensamento e opinião acerca de múltiplos aspectos da vida social, como se dum normal cidadão se tratasse⁶¹⁵”.

Conforme resulta da parte final do preceito acima transcrito, a liberdade de expressão, pensamento e opinião encontra os seus limites nos direitos de personalidade dos demais e, ainda, no normal funcionamento da empresa. É a este que em decorrência do que fora transcrito anteriormente, a liberdade de expressão, pensamento e opinião, se limita nos direitos de personalidade dos demais, e também, na norma funcional da empresa. É neste tocante que se faz necessário descrever o princípio da concordância prática, constatando que, um empregado pode razoavelmente se apresentar na empresa com emblema de um determinado partido político, de um sindicato, ou até mesmo do seu time de futebol, visto que

⁶¹⁴ http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html

⁶¹⁵ DRAY, G. M. - *Código do Trabalho Anotado*. 6.º ed. Lisboa: Almedina, 2008.

este exercício de direito não prejudica o funcionamento da empresa e limitar este direito descumpriria o fundamento da proporcionalidade.

Ademais, a problemática dos limites da liberdade de expressão e opinião dentro dos tribunais portugueses, tem se apresentado em sede de julgamento da justa causa de extinção do contrato de trabalho pelo empregado e, mais constantemente, a respeito do exame da justa causa de despedimento, tendo sido julgados, nas ocorrências em injúria por parte do empregado à empresa, outros relativos ao direito à crítica interna, ou seja, situações em que o funcionário apresentou o descontentamento em relação a empresa ou ao empregador, e também o direito de manifestar irregularidades ou até crimes praticados pela empresa contratante⁶¹⁶.

A respeito da liberdade ou direito de expor irregularidades ou faltas cometidas pelo empregador, parte da doutrina tutela que, o funcionário precisa, por decorrência do dever de lealdade, esgotar as formas internas da empregadora e que, dentro do critério da proporcionalidade, o equilíbrio de interesses deverá considerar também “a conduta prévia das partes, a motivação da denúncia, o tipo de conduta ilícita do empregador e a natureza dos bens jurídicos ameaçados e, até, os destinatários da denúncia”⁶¹⁷.

No que se refere à conduta do funcionário fora do ambiente de trabalho, a doutrina majoritária defende que, a:

“não ser no caso das empresas de tendência e mesmo nestas só em relação a certos trabalhadores mais emblemáticos – hipótese a que alguma doutrina acrescenta cargos de alta direcção noutras empresas – não existe o dever de o trabalhador, na sua vida privada, exprimir opiniões coincidentes com a ideologia do empregador ou que contribuam para a realização dos fins deste”⁶¹⁸.

O artigo 16, citando a reserva da intimidade da vida privada, declara que:

“O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”⁶¹⁹.

Podemos perceber uma enunciação puramente indicativa dos aspectos da vida do empregado tutelados em relação à teoria das três esferas, em que deduzimos que este

⁶¹⁶ REIS, J. P. - *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

⁶¹⁷ *Idem*, p. 22.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹⁹ <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=13>

dispositivo trata de proteger as informações que estabelecem o campo da vida no qual o trabalhador pode se manter em total segredo perante a sociedade, ou seja esfera íntima, do mesmo modo que os hábitos da vida e informações que a pessoa divide com um número limitado de pessoas, a saber, a família e amigos e também, o conhecimento que interessa somente em manter para si, desta forma, a esfera privada⁶²⁰.

Apesar da intimidade da vida privada achar-se protegida também nos artigos 17 e seguintes do Código de Trabalho, a saber, na tutela de dados pessoais, na organização da realização de testes e exames médicos e na defesa da confidencialidade de comunicações e de acesso à informação, o Código do trabalho designou por meio do artigo 16, que tal intimidade é autônoma, de forma a alcançar todos os tipos de agressões ao campo mais íntimo da vida do empregado.

A garantia reconhecida à reserva da intimidade da vida privada, alcança o acesso aos dados íntimos e pessoais do funcionário, o que demonstra que, ainda que o trabalhador autorize o acesso ao conhecimento dessas informações pela empresa, esta autorização não alcança necessariamente à divulgação, sendo proibido ao empregador divulgar para terceiros sem que exista autorização pelo trabalhador.

“Por “imposição quer do n.º 2 do art. 18.º da CRP quer do art. 335.º do Código Civil, a reserva da intimidade da vida privada deve ser a regra, não a excepção, apenas se justificando a sua limitação quando interesses superiores (v.g., “outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) o exijam. De acordo com o princípio, fundado nesse direito, da separação entre vida privada e relação de trabalho, o trabalhador pode, em regra, dispor livremente da sua vida extraprofissional, sendo vedado ao empregador investigar e/ou fazer relevar factos dessa sua esfera privada, a não ser que haja uma ligação directa com as suas funções⁶²¹”.

Desta forma, podemos entender que, a reserva da intimidade da vida privada não é homogênea, precisando ser caracterizada conforme a natureza do caso, sobretudo em função da atividade desempenhada pelo trabalhador. É desta forma, que os atletas por exemplo e em contrastes aos demais empregados, poderão reivindicar que sigam uma vida extraprofissional regrada.

A respeito da Proteção de dados pessoais, o artigo 17 do Código do Trabalho estabelece que:

⁶²⁰ MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. - *Constituição da República Portuguesa Anotada* Coimbra: Coimbra editora, 2005.

⁶²¹ ABRANTES, J. J. - *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 258.

“1. O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:

a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;

b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

2. As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.

3. O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

4. Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

5. Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 2⁶²²”.

Em relação a protecção de dados é necessário interligar o código do Trabalho com a Lei nº 97 de 1998, denominada de Lei da protecção de dados pessoais, que culminou com a alteração da Diretiva nº 95/46 do Código da Estrada, do parlamento Europeu e do Conselho, de 1995.

Decorre dos artigos 3º e 4ª da Lei 67 de 1998, como também do artigo 17, nº 4 Código do Trabalho, que seja qual for a operação de recolha, o registro, a organização e conservação, que tratam de dados pessoais do trabalhador por parte do empregador, estão subordinados à Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Não obstante, segundo a Lei nº 67/98, a norma que trata da vedação da obtenção de dados inerentes a convicções pessoais do indivíduo, tais como filiação partidária, filosófica, partidária, religiosa, origem étnica, saúde e vida sexual, é a própria norma de Protecção de Dados Pessoais que prenuncia exceções, em ocorrências de: uma norma legal que o anteveja; ou aprovação da Comissão Nacional de Protecção de Dados, o que, contudo, tem de se fundamentar em justificativas de interesse público relevantes ou na concordância expressa do titular dos dados (artigo 7º, nº 2).

“Ora, o art. 17.º do Código do Trabalho cabe, precisamente, na primeira das enunciadas categorias, posto que permite que sejam exigidas ao candidato a emprego ou ao trabalhador informações relativas à sua vida privada quando tais aspectos sejam necessários e relevantes para avaliar a aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho, bem como informações relativas à saúde ou ao estado de gravidez, quando a natureza da actividade profissional o justifique⁶²³”.

⁶²² <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=13>

⁶²³ REIS, J. P. – *op. cit.*, 2013, p. 22.

Por estarmos tratando de informações essenciais, a empresa caso seja a titular do tratamento, precisará realizar solicitação para a Comissão Nacional de Proteção de Dados a autorização inserida no artigo 28 da lei 67 de 1998, sem a qual não poderá legalmente realizar o tratamento das informações.

Tanto no fato de obtenção de dados por necessidade de uma norma legal que antevê, quanto no caso que a obtenção derive de autorização da Comissão Nacional de Proteção de Dados, a empresa é obrigada a disponibilizar por escrito ao candidato ou trabalhador a respectiva fundamentação.

Esta autorização deve abordar os aspectos previsto no artigo 10, nº 1 da referida lei, tais como, a identificação do encarregado pelo titular, as intenções do tratamento, para quem será dirigido os dados, o caráter necessário ou facultativo da resposta, como também as possíveis implicações da falta de resposta e a existência e formas da garantia de acesso e retificação

Em decorrência do disposto no artigo 17, nº 2 do Código do Trabalho, quando se tratar de dados atinentes à saúde ou a gestação, somente o médico pode ter acesso das mesmas, recebendo a empresa apenas a informação quanto a falta de aptidão do empregado para o desenvolvimento de sua função.

Se as informações objetivadas pelo empregador versarem de outros assuntos da vida do candidato ou do trabalhador que não estão incluídos no rol de “dados sensíveis”, a regra é seguir o que dispõem os artigos 6º e 2º, nº1, ambos da Leis de Proteção de Dados Pessoais, somente podendo o tratamento ser realizado se:

“O titular dos dados tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento; ou o tratamento for necessário para uma das situações enunciadas no art. 6.º, qual seja para a celebração ou a execução do contrato (al. a)), para o cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito (al. b)) ou para a prossecução de interesses legítimos da entidade empregadora, desde que não devam prevalecer os interesses ou direitos, liberdades e garantias do candidato a emprego ou do trabalhador (al. e))⁶²⁴”.

Salienta-se que os dados pessoais, que por sua natureza, são essencialmente sensíveis na linha do respeito aos direitos e liberdades fundamentais estão elencados no artigo 9º da Lei nº 67 de 1998⁶²⁵. Já o artigo 6º que trata dos referidos tratamentos, diz que precisa ser precedido de notificação da Comissão Nacional de Proteção de Dados, se por algum motivo não for possível ter tal notificação, é necessária uma autorização para simplificação, ou

⁶²⁴ REIS, J. P. – *op. cit.*, 2013.

⁶²⁵ SALDANHA, Nuno. Novo Regulamento Geral de proteção de dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar? p. 35, Lisboa: FCA, 2018.

também, uma isenção de notificação, segundo o que dispõem o artigo 27, nº 2, da Lei nº 68 de 1888.

A empresa que venha realizar o tratamento dos dados inseridos no artigo 6º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, também está subordinada ao dever de informação disposto no artigo 10º da referida Lei.

O cumprimento deste dever é tão mais expressivo, visto que uma parcela da doutrina tutela que o tratamento de dados realizados sem que exista a garantia de informação ao empregado pode caracterizar a ilicitude das informações, como forma de prova, para utilização em processos disciplinar.

Outrossim, é obrigatório a observação dos princípios elencados no artigo 5º da Lei de Proteção de Dados Pessoais, que dispõem da qualidade dos dados, desta forma, estes precisam ser tratados em consonância com o princípio da boa fé, precisam ser obtidos para finalidades já determinadas e não podem futuramente serem tratados com finalidades incompatíveis.

Por derradeiro, conforme aponta Nuno Saldanha:

Com a entrada em vigor do RGPD, espera-se nova legislação, certamente em 2018, para regular o funcionamento e atribuir novas competências à CNPD, uma vez que deverá ser esta a organização escolhida para ser autoridade de controle mencionada no RGPD. Na qualidade de Estado signatário de convenções internacionais, Portugal esteve, desde cedo, sujeito a um conjunto de regras em matéria de proteção de dados, por via dessas mesmas convenções internacionais.⁶²⁶

Diante do que acabamos de abordar, questiona-se como deverá ser avaliada a conduta de um funcionário ou candidato à vaga de emprego que forneça declarações falsas sobre dados pessoais. Esse questionamento é tão oportuno, que segundo o que dispõem o artigo 106, nº 2, do Código do Trabalho, diz que o funcionário: “deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral”.

Sobre esta temática, a doutrina tem respostas diferentes, mesmo que as perguntas, sejam ou não lícitas. Desse modo, a mentira em relação a aspectos em que a indagação estava proibida ao empregador, é compreendida por uma parcela da doutrina como um meio lícito de reação, uma vez que, sendo ilícito a entidade empregadora questionar determinadas coisas, o dolo do candidato à vaga de emprego recai sobre tópicos que o legislador entendeu não poderem ser fundamentais na hora de contratar ou não contratar.

Quando decorre de um funcionário, esta conduta concretiza um caso de desobediência lícita, disposto no artigo 351, nº 2, alínea a, do Código do Trabalho. Diversamente, a falsidade em resposta a uma pergunta legítima, segundo a doutrina será

⁶²⁶ SALDANHA, Nuno. Novo Regulamento Geral de proteção de dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar? p. 11, Lisboa: FCA, 2018.

passível de caracterizar a nulidade do contrato ou de fundamentar uma extinção de relação trabalhista⁶²⁷.

Dentro da ambientação dos direitos da personalidade e dos direitos da intimidade, com abrangência no direito privado, acomoda-se o direito à informação. Como, por exemplo, no caso das informações genéticas de um indivíduo, que são de cunho personalíssimo, existindo a necessidade de ponderação em seu uso, especialmente quando ofertadas para consulta de terceiros. No domínio trabalhista, quando um empregado fornece suas informações genéticas ao empregador, deve ponderar sobre o grau de necessidade de tal atitude. Isso porque oferecer informações sobre seu código genético a terceiros significa torná-lo público, além de abrir precedentes para situações discriminatórias.

Neste contexto, com base em Navarro⁶²⁸, encontra-se no direito à privacidade a busca por controle da autodeterminação informativa, visto que com as tecnologias atuais existe possibilidade de construção de banco de dados, os quais perpetuam informações pessoais, devendo haver determinações para coleta, uso e cessão de uso destas por terceiros. O indivíduo necessita de proteção para seus dados pessoais; dessa forma, se faz prudente eleger “o direito fundamental à autodeterminação informativa, erigido sobre os pilares constitucionais dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade⁶²⁹”.

No caso da Constituição portuguesa, a autodeterminação informativa vincula-se aos parágrafos segundo, terceiro e quarto do artigo 35º, os quais estão em consonância com os preceitos fundamentais dos artigos 1º e 24º, a saber:

“Artigo 35.º - [...] 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. **A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes** a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, **vida privada** e origem étnica, salvo mediante consentimento expreso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei⁶³⁰”. (Grifo do autor)

⁶²⁷ GUERRA, A. - *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

⁶²⁸ NAVARRO, A. M. N. P. - *Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ)*, Edital nº 9, 2011. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.

⁶²⁹ *Idem*, p. 1.

⁶³⁰ MOREIRA, V.; CANOTILHO, J. J. G. *Op. cit.*, 2007, p. 47.

Ressalta-se que o parágrafo quarto do artigo 35º prima pela proteção ao direito de acesso e de retificação, tal qual o *Right of Access and Correction* (instituído pelo no Federal Privacy Act, de 1974). Com base na análise do artigo 35º, Canotilho ressalta: “(...) contrapondo-se à ideia de arcana *praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais⁶³¹” (Grifo do autor).

A orientação do artigo 35º tem respaldo na Lei nº 67, de 1998, a qual prega o respeito aos dados pessoais e à sua livre circulação. Seu artigo 2º estabelece como princípio geral que “o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais⁶³²”.

No Brasil, no que tange à pauta normativa a respeito da autodeterminação informativa, ainda não há especificidade constitucional, ou mesmo uma lei complementar específica para os dados pessoais. Para tal viés, a normatização brasileira ampara-se em suas fundamentações acerca dos direitos da personalidade e da privacidade, e, sobretudo, no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição, que especifica: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”⁶³³.

Por certo, o uso da autodeterminação informativa é um caminho normativo para a proteção das informações de sequenciamento genético, o qual, hierarquicamente, se institui com base no direito à privacidade. Para Costa Júnior⁶³⁴, o direito à privacidade está intimamente relacionado ao cientificismo, porque o progresso científico gera produto (ou serviço) para consumo, que, por sua vez, afeta a vida humana, gerando efeito em sua personalidade.

A ciência genética, que altera o curso biológico e cria bancos de dados informacionais genéticos, permeia o direito à privacidade, necessitando de orientação ética em seu curso evolutivo científico. Assim, cria-se na contemporaneidade a necessidade social de leis sobre esse ambiente informacional privado de dados genéticos, não bastando apenas o apoio do princípio normativo da autodeterminação informativa. Conforme explanação de Altavila: “Desde que o homem sentiu a existência do direito, começou a converter em leis as

⁶³¹ CANOTILHO. *Op. cit.*, 2003, p. 515.

⁶³² PORTUGAL. - *Lei 67, Lei da Proteção de dados pessoais*, 26/10/1998. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm. p.1.

⁶³³ BRASIL, *Op. cit.*, 2003, p. 6.

⁶³⁴ COSTA JÚNIOR. *Op. cit.*, 1995, p. 5-92.

necessidades sociais. Para trás havia ficado a era da força física e da atrocidade [...], e a sensação do justo e do equitativo se infiltrava pelas frinchas do seu espírito⁶³⁵”.

A proteção da privacidade das informações pessoais genéticas do empregado é um novo paradigma nas necessidades sociais do homem, devendo haver sua adequação normativa, como explica Jhering:

“O direito é o trabalho sem descanso e não somente o trabalho dos poderes públicos, como também de todo povo. Se abraçarmos em um momento dado toda sua história, ele nos apresentará nada menos do que o espetáculo de toda uma nação, desenvolvendo sem cessar, para defender seu direito, tão penosos esforços quanto os que emprega para o desenvolvimento de sua atividade na esfera da produção econômica e intelectual⁶³⁶”.

Ainda com base em Jhering, no tocante à adequação normativa acerca da privacidade das informações pessoais genéticas:

“Aquele que for atacado em seu direito deve resistir; – é um dever para consigo mesmo. A conservação da existência é a suprema lei da criação animada, por quanto ela se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém a vida material não constitui toda a vida do homem; tem ainda que defender sua existência moral que tem por condição necessária o direito: é, pois, a condição de tal existência que ele possui e defende com o direito⁶³⁷”.

Portanto, cabe ao Direito abraçar a dignidade humana, conservando-a mesmo em meio ao desenvolvimento científico contínuo do PGH, firmando, através do princípio ético, sua preservação e o controle das informações genéticas dos trabalhadores. Utiliza-se, para tanto, dos conceitos normativos pertinentes aos direitos da personalidade, ao direito à privacidade e ao direito à autodeterminação informativa, fazendo assim jus à proteção à dignidade humana.

Em Portugal, já há tal estreitamento normativo para dar guarida às informações genéticas do empregado, pois, além do artigo 35º, sobre a autodeterminação informativa, há o artigo 24º do Código do Trabalho Português e a Lei nº 12, de 2005.

O artigo 24º do Código do Trabalho Português ressalta o direito à igualdade no trato com o empregado:

“Artigo 24.º - 1 – O **trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento** no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, **não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão**, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, **património genético**, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e

⁶³⁵ ALTAVILA, J. - *Origem do Direito dos Povos*. 5.ª ed. São Paulo: Ícone, 1989., p. 13.

⁶³⁶ JHERING, R. - *A Luta pelo Direito*. 18.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006., p. 26.

⁶³⁷ *Idem*, p. 39.

filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos⁶³⁸”. (Grifos do autor)

Já a Lei nº 12, de 2005⁶³⁹, é mais direta quanto à orientação acerca das informações genéticas do empregado, sendo constituída com base na alínea “c” do artigo 161º da Constituição Portuguesa^{640 641} e nas indicações de relatório do CNECV, entregue à Assembleia da República, podendo ser averiguada na íntegra no Apêndice 1 do presente estudo.

Trata-se de lei exclusiva para o tratamento da informação genética pessoal e da informação de saúde, a qual visa promover a não lesividade da privacidade do indivíduo, assim como sua não discriminação por causa das informações genéticas. Seus objetos são:

“[...] o conceito de informação de saúde e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação⁶⁴²”.

A Lei nº 12, de 2005, invoca proteção às informações genéticas:

“Artigo 6.º – informação genética: [...] 6 - A informação genética deve ser objecto de medidas legislativas e administrativas de protecção reforçada em termos de acesso, segurança e confidencialidade[...]

Artigo 7.º – bases de dados genéticos: [...] 2 - As regras de criação, manutenção, gestão e segurança das bases de dados genéticos para prestação de cuidados de saúde e relativas à investigação em saúde são regulamentadas nos termos da legislação que regula a protecção de dados pessoais. [...]

Artigo 15.º – Laboratórios que procedem ou que oferecem testes genéticos: 1 - Compete ao Governo regulamentar as condições da oferta e da realização de testes genéticos do estado de heterozigotia, pré-sintomáticos, preditivos ou pré-natais e pré-implantatórios, de modo a evitar, nomeadamente, a sua realização por laboratórios, nacionais ou estrangeiros, sem apoio de equipa médica e multidisciplinar necessária, assim como a eventual venda livre dos mesmos. [...]

Artigo 17.º – Dever de protecção: [...] 7 - Os médicos têm o dever de informar as pessoas que os consultam sobre os mecanismos de transmissão e os riscos que estes implicam para os seus familiares e de os orientar para uma consulta de genética médica, a qual deve ser assegurada nos termos da legislação regulamentar da presente lei [...]”⁶⁴³.

⁶³⁸ PORTUGAL. - *Código do Trabalho Português*. 2009. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>.

⁶³⁹ PORTUGAL - *Lei n. 12, Informação genética pessoal e informação de saúde*. 26/01/2005. [Em linha]. [Consult. 17 de julho de 2015]. Disponível em https://www.ibmcc.up.pt/sites/default/files/Lei_12-2005%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20gen%C3%A9tica%20Pessoal%20e%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Sa%C3%BAde.pdf.

⁶⁴⁰ PORTUGAL - *Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005)*. Assembleia da República 1976. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>.

⁶⁴¹ Constituição Portuguesa – Artigo 161. Competência política e legislativa: “Compete à Assembleia da República: [...] c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo [...]”.

PORTUGAL, *Op. cit.*, 1976, s/p.

⁶⁴² PORTUGAL, *Op. cit.*, 2005, p. 1.

⁶⁴³ *Idem*, p. 2-3, 6.

Interessante destacar que a referida lei difere a informação genética em dois tipos: ordem médica e ordem generalizada. A primeira ordem, disposta no artigo 5º, atende aos resultados informacionais na relação direta entre médico e paciente, como se vê:

“Artigo 5.º - Informação médica: [...] 4 - A informação médica é inscrita no processo clínico pelo médico que tenha assistido a pessoa ou, sob a supervisão daquele, informatizada por outro profissional igualmente sujeito ao dever de sigilo, no âmbito das competências específicas de cada profissão e dentro do respeito pelas respectivas normas deontológicas; [...]”⁶⁴⁴.

Já a segunda ordem, disposta no artigo 6º, refere-se a situações não pertinentes à saúde imediata do paciente, sendo as informações genéticas desprovidas de cunho de assistência médica, a saber:

“Artigo 6.º - informação genética: [...] 4 - A informação genética que não tenha implicações imediatas para o estado de saúde actual, tal como a resultante de testes de paternidade, de estudos de zigotia em gémeos, e a de testes preditivos – com a excepção de testes genéticos para resposta a medicamentos –, de heterozigotia, pré-sintomáticos, pré-natais ou pré-implantatórios não pode ser incluída no processo clínico, salvo no caso de consultas ou serviços de genética médica com arquivos próprios e separados”⁶⁴⁵.

Nesta esteira, a Lei nº 12, de 2005, criou diferentes abrangências em sua normatização, incluindo a possibilidade de proteção às informações genéticas do empregado, visto que seus artigos 11º e 13º determinam:

“Artigo 11.º - **Princípio da não discriminação:** 1 - Ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético. 2 - **Ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, em função dos resultados de um teste genético diagnóstico,** de heterozigotia, pré-sintomático ou preditivo, **incluindo para efeitos de obtenção ou manutenção de emprego,** obtenção de seguros de vida e de saúde, acesso ao ensino e, para efeitos de adopção, no que respeita quer aos adoptantes quer aos adoptandos. 3 - **Ninguém pode ser discriminado,** sob qualquer forma, nomeadamente no seu direito a seguimento médico e psicossocial e a aconselhamento genético, **por se recusar a efectuar um teste genético.** 4 - É garantido a todos o acesso equitativo ao aconselhamento genético e aos testes genéticos, salvaguardando-se devidamente as necessidades das populações mais fortemente atingidas por uma dada doença ou doenças genéticas.

Artigo 13.º - Testes genéticos no emprego: 1 - **A contratação de novos trabalhadores não pode depender de selecção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos.** 2 - **Às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos.** 3 - **Nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou susceptibilidade,** ou afectar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, **pode ser usada a informação genética** relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que tenha em vista a protecção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, **que o teste genético seja efectuado após consentimento informado** e no seguimento do aconselhamento

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, p. 2-3.

genético apropriado, **que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio** e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral. 4 - As situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma excepção ao anteriormente estipulado, observando-se no entanto a restrição imposta no número seguinte. 5 - Nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde actual do trabalhador, devem ser seleccionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador. 6 - Os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse directo de entidades patronais são por estas suportados⁶⁴⁶”. (Grifo do autor)

Já em relação aos dados genéticos, o Regulamento Geral de Proteção de Dados definiu que é proibido o tratamento dos dados que façam tratamento de dados genéticos para identificar de forma inequívoca uma pessoa, e esta categoria faz parte dos chamados “dados sensíveis” de acordo com a Lei nº 67/1998.⁶⁴⁷

Em complemento, a lei portuguesa no âmbito trabalhista não permite a utilização da informação genética do empregado pelo empregador. Tal disposição prima por salvaguardar o empregado, posto ser a parte hierárquica inferior na relação. Assim, conforme Viana⁶⁴⁸, mesmo que haja consentimento do empregado em dispor suas informações genéticas ao empregador, esse consentimento tem irrelevância, dada a realidade díspar dos sujeitos. Não há como deixar de especificar que, em tal contexto, o empregado tem sua autonomia junto ao direito privado diminuída.

Segundo Viana⁶⁴⁹, o empregado é considerado pela Lei nº 12, de 2005, como sujeito incapaz de gerir com autonomia suas informações genéticas junto ao empregador; por isso não lhe cabe a possibilidade de validade no consentimento. Dessa maneira, mesmo que haja consentimento do empregado em fornecer seus dados genéticos ao empregador, conferindo a feitura de teste genético solicitada antes ou após a contratação do empregado, tal oferta informacional torna-se inválida pela legislação portuguesa.

A lei portuguesa só estende a possibilidade de execução de teste genético por empregado no caso de este ter possível doença que afete sua função laboral, ou que o coloque em risco de vida ou a terceiros. Nesta situação laboral, o consentimento informado do empregado é válido para a execução do exame solicitado pelo empregador, porém os dados obtidos com o resultado são do empregado e não do empregador, devendo o empregado receber aconselhamento genético do profissional de saúde e o empregador financiar o exame.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 5-6.

⁶⁴⁷ SALDANHA, Nuno. Novo Regulamento Geral de proteção de dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar? p. 35, Lisboa: FCA, 2018.

⁶⁴⁸ VIANA, R. C. L. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013.

⁶⁴⁹ *Idem*.

Periodicamente, a lei portuguesa recebe pareceres por meio de relatórios do CNECV. O último, o Parecer nº 68, foi feito em 2012. Contudo, tal Relatório não se deteve na análise dos artigos 11º e 13º da Lei nº 12, de 2005, não avaliando diretamente o uso das informações genéticas de empregados em ambiente laboral. Tal parecer se limitou a analisar o entrosamento informacional genético entre pacientes e profissionais da saúde, incluindo nesta instância indicações para a melhora da lei portuguesa.

Com base em Habermas⁶⁵⁰, destaca-se que o uso de comitês éticos reúne sociedade, política e ciência (vide o exemplo do CNECV). Trata-se, portanto, do fator impulsionador do equilíbrio entre a ciência e a moralidade, a estabelecer ordem jurídica com equidade. Acrescenta-se, ainda, que o apoio dos comitês é importante, já que políticos e sociedade civil não se configuram como cientistas para fins de criação de uma legislação eficaz. Tanto o é que, no exemplo do CNECV, se faz a cada dois anos um parecer acerca da funcionalidade da Lei nº 12, de 2005.

Ainda, o CNECV assessorou na elaboração do Decreto Lei nº 131, de 2014, que regulamentou a Lei nº 12, de 2005 e aprimorou passagens regulatórias acerca das realizações dos testes genéticos, abrangendo a obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido antes de sua feitura e a fixação de regras para armazenar, distribuir e destruir informações genéticas.

Sobre a proteção a informação genética pessoal, destacam-se as seguintes passagens do Decreto Lei 131, de 2014⁶⁵¹:

“Artigo 6.º - Finalidades: 1 - Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, o tratamento de informação genética e a criação de bases de dados genéticos visam exclusivamente a prestação de cuidados de saúde ou de investigação em saúde, incluindo os estudos epidemiológicos e populacionais. [...]

Artigo 8.º - Consentimento: 1 - **O tratamento de informação genética só pode ser efetuado para as finalidades referidas no Artigo 6.º, as quais devem ser expressamente identificadas, após o titular dos dados prestar, por escrito, o consentimento livre, específico e informado**, nos termos do Artigo seguinte. [...]

Artigo 19.º - Acesso, direito de acesso, direito de retificação, direito de eliminação e bloqueio dos dados: 1 - O acesso à informação genética depende de a mesma revestir natureza médica ou de não ter implicações imediatas para o estado de saúde atual, bem como das suas finalidades, seja para prestação de cuidados de saúde, seja para investigação biomédica. 2 - O acesso à informação genética que revista natureza médica é limitado aos profissionais envolvidos na prestação de cuidados ao titular da informação. [...] 4 - O titular da informação genética tem o direito de obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições: a) A confirmação de ser ou não tratada informação genética que lhe diga respeito, bem como informação

⁶⁵⁰ HABERMAS, J. - *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

⁶⁵¹ PORTUGAL - *Decreto Lei n. 131, princípios inerentes à realização e disponibilização de testes genéticos, 29/8/2014*. [Em linha]. [Consult. 17 de julho de 2015]. Disponível em http://sanchoeassociados.com/DireitoMedicina/Omlegissum/legislacao2014/Agosto/DecLei_131_2014.pdf p.4588-4590. p. 4.588-4.590.

sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incide o tratamento e os destinatários a quem é transmitida a informação genética; b) A comunicação, de forma inteligível, da sua informação genética sujeita a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem dessa informação; c) O conhecimento do contexto e das razões indispensáveis ao tratamento de informação genética que lhe respeite; d) A retificação, a eliminação ou o bloqueio de informação genética cujo tratamento não cumpra o disposto no presente decreto-lei, nomeadamente devido ao seu carácter incompleto ou inexato; e) A notificação aos terceiros a quem a informação genética tenha sido comunicada, de qualquer retificação, eliminação ou bloqueio efetuado nos termos da alínea anterior, salvo se isso for comprovadamente impossível.

Artigo 20.º - Vida privada e confidencialidade: 1 - **É proibida a divulgação a terceiros de informação genética relacionada com a saúde do respectivo titular**, salvo nos casos previstos na Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. 2 - A informação genética recolhida para fins de investigação em saúde não pode estar associada a uma pessoa identificável, a menos que tal associação seja indispensável à realização da investigação e que seja assegurada a confidencialidade da informação, bem como a necessária prestação do consentimento do titular para tal finalidade.

Artigo 21.º - Segurança do tratamento de informação genética: 1 - O responsável pela informação genética deve adotar as medidas de segurança adequadas e proporcionais para proteger a informação genética contra a sua destruição, acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração indevida, a difusão ou o acesso não autorizados, e contra qualquer forma de tratamento ilícito. [...] 4 - No caso de circulação de informação genética para quaisquer fins, incluindo diagnóstico ou investigação, todas as partes envolvidas devem oferecer garantias de segurança técnica e de organização e ficam obrigadas a cumprir regras de proteção, nomeadamente as previstas no presente decreto-lei. 5 - É proibido copiar para todo o tipo de suporte de informação externo qualquer informação genética contida na base de dados genéticos, salvo se tal informação for determinante para efeitos de diagnóstico médico, prestação de cuidados ou tratamentos ao titular”. (Grifo do autor)

Quanto ao estreitamento normativo brasileiro para dar guarida às informações genéticas do empregado, ou da população de maneira geral, não existe legislação direta para o assunto, como feito em Portugal pela Lei nº 12, de 2005, e pelo Decreto-Lei nº 131. Igualmente, o país não possui aparato constitucional direto acerca da autodeterminação informativa, como a do artigo 35º da Constituição portuguesa. No Brasil, somente há o respaldo constitucional do artigo 5º da Constituição brasileira, o qual não permite qualquer imposição de terceiros junto ao desejo livre e autônomo do indivíduo.

Portanto, no Brasil não há legislação específica para o domínio das informações genéticas do empregado, favorecendo o ambiente para que os empregadores solicitem o teste de sequenciamento genético dos empregados, antes ou após a contratação; para tanto, basta que o empregado emita seu livre consentimento.

É possível falar até em uma “opacidade genética” perante o empregador, seja por “razões ligadas à tutela do direito do trabalho”, seja pela “proibição de discriminação baseada

no patrimônio genético”, seja pela “necessidade de preservar a liberdade pessoal do trabalhador, a sua dignidade, a sua integridade física e a sua intimidade⁶⁵²”.

6.3 PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA DO EMPREGADO

Sabemos que as organizações possuem interesse que seus funcionários, ou candidatos ao emprego, se submetam a exames genéticos. Pois com este exame, o empregador poderá ter melhores conhecimentos sobre seu empregado, sendo de essencial importância no momento do contrato, tanto na hora de contratar, como no momento de promover, para assim verificar quem detém melhores condições para desempenhar certas atividades, bem como decidir quem deverá ser demitido. O Doutrinador Bernardo Xavier comenta a respeito da solicitação, pelas empresas, a respeito das informações genéticas de seus empregados:

“É obviamente um problema em que estão em jogo direitos de extrema importância para quem trabalha, assim como estão em jogo interesses de quem emprega na melhor adequação e no mais eficaz recrutamento e gestão da mão-de-obra. E estão obviamente em jogo interesses gerais⁶⁵³”.

Destaca-se que a discriminação genética vem ocorrendo há muito tempo, e passou a ganhar mais força com o Projeto Genoma, porém já nos anos de 1970, existia o caso na anemia falciforme em que a grande parte afetada por esta mazela eram os negros, assim, estes indivíduos eram os que mais sofriam discriminação, pois a maioria dos empresários não contratavam essas pessoas, mesmo que estivessem com a saúde em perfeito estado.

Analisando estes acontecimentos, percebemos que as empresas, ao terem ciência da análise genética, conseguiam informações a respeito da saúde física e mental de seus funcionários ou futuros empregados, bem como quais mazelas possuíam mais predisposição.

As empresas contratantes alegam que os dados genéticos conseguidos por meio dos testes genéticos podem apresentar as possíveis doenças que um indivíduo possa vir a ter, e estas doenças podem piorar em decorrência dos materiais que serão utilizados no ambiente de trabalho. Ou seja, para a empresa, que se recusa contratar, ou demiti trabalhador que possui em seu código genético predisposição para certas doenças, não se enquadraria como discriminação genética, pois este ato, tão somente, busca proteger o funcionário, que possua certas predisposições, tal como aquele que esta em contante atividade com raio X e possui predisposição para a leucemia.

⁶⁵² AMADO, J. L. - *O patrimônio genético*. Revista QL. Ano XII, n. 25. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 113.

⁶⁵³ XAVIER, B. - *O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras*. Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Almedina. Coordenador: José de Oliveira Ascensão. Fevereiro 2005. p. 144.

Compreendemos que tal argumento não se sustenta, pois é muito complexo correlacionar uma possível doença com o local em que a pessoa labora.

O grande perigo que estes trabalhadores podem enfrentar, se as empresas passarem a ter livre acesso aos dados genéticos de seus empregados, é de gerar uma classe que ficaria sem expectativas de trabalho. Podendo criar situações que até seus familiares menos providos geneticamente receberiam tais estigmas.

Na visão de Simone Born de Oliveira, proporcionar juridicamente a possibilidade dos empregadores terem acesso aos dados genéticos dos trabalhadores, seria algo perigoso, visto que, os seres humanos possuem anormalidade genética. E, até que se consiga compreender esta questões, muitos trabalhadores poderão ser excluídos⁶⁵⁴.

O interesse das empresas em obrigar seus trabalhadores ou candidatos a vaga de emprego em realizar teste genético, possui motivações no sentido de selecionar quem poderá ser contratado ou não, com base nas informações genéticas. Desta feita, as empresas possuiriam embasamentos, para que se evite certos prejuízos financeiros para a empresa. Além disso, o intuito também, é para que possa haver uma melhor seleção dos empregados, com base em suas aptidões.

Julgamos que não parece ser justo que somente o empregador, que geralmente é a parte que detém mais força na relação de emprego, seja o grande beneficiado com os dados genéticos conseguidos por meio da obrigação em que seus funcionários são submetidos, e que o motivo por detrás, seja o lucro, marginalizando certos trabalhadores. Neste tocante, esclarece Javier Blázquez:

“El riesgo radica obviamente em las consecuencias mediatas o inmediatas, pero eminentemente negativas, derivadas del uso del conocimiento de la identidad genética de los trabajadores reales, ya empleados, o potenciales. Con la correspondiente injerencia de la privacidad e intimidad biológica del trabajador⁶⁵⁵”.

A lei nº 12 de 2005, em seu artigo 13º, número 3, esclarece que sendo o exame genético o único caminho de impedir que a saúde do funcionário seja afetada por situações próprias ao trabalho ou local do trabalho, ou quando uma enfermidade ou a predisposição para tal coloque em circunstância de perigo o desempenho de uma determinada tarefa, pode ser possível obter as informações genéticas em privilégio do trabalhador, desde que exista seu

⁶⁵⁴ OLIVEIRA, S. B. - *Da bioética ao biodireito – manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 106.

⁶⁵⁵ RUIZ, J. B. - *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*. Granda: Editorial Comares, 1999 p. 172.

consentimento. Além disto, o resultado dos dados genéticos em decorrência destas situações, somente poderão ser acessado pelo próprio empregado.

Porém, apesar do que fora dito, existem situações em que o empregador conseguirá obter as informações genéticas, contudo, estas situações são pontuais e somente sustentam-se quando pôr em grave ameaça a segurança ou saúde pública. Nestas situações, os testes não serão acompanhados pelo empregador.

Desta forma, podemos compreender que, mesmo nestas situações que geram risco para a segurança ou a saúde pública, o empregador não conseguirá ter total acesso aos testes genéticos de seu empregado, somente poderá ter informações médicas esclarecendo que o empregado pode colocar em risco a saúde ou a segurança pública.

“Questão interessante é a do consentimento livre e informado para o monitoramento genético do empregado. Quando falamos em consentimento livre e informado queremos dizer que após serem repassadas todas as informações necessárias, os prós e contras, para que o empregado faça seu juízo de valor acerca do teste genético, o mesmo, de maneira espontânea, livre de pressões externas e de qualquer coação, forneça seu consentimento. No entanto, como na relação de emprego existe um fator denominado de subordinação, o que impede ou dificulta esse consentimento livre e espontâneo por diversos motivos, entre eles o medo de ser demitido, de perder gratificações, entre outros, acreditamos que a coleta de material genético, quando consentido pelo empregado, deve ter a participação dos sindicatos, setores do governo e órgãos que protejam o interesse público, como, por exemplo, o ministério público, para que o empregado seja protegido através dos meios jurídicos quanto ao uso das informações extraídas dos testes⁶⁵⁶”.

Consideramos que em nenhuma situação pode o empregador acessar os testes genéticos do empregado, pois estas informações somente pertencem ao empregado. Mesmo que nas situações em que a saúde ou segurança pública esteja em destaque, o resultado do teste genético precisa ser analisado somente por médico que não possua interesse com as partes envolvidas, para que profira um atestado transmitindo se o trabalhador, em decorrência de sua saúde, coloca em perigo terceiros.

A sociedade precisa ser conscientizada das consequências e do perigo da exposição do teste genético de um trabalhador, pois com tais informações e com o progresso científico os empregadores poderão se valer dessas informações para excluir muitos trabalhadores.

Entende-se como discriminação genética do empregado a situação em que o empregador trata diferenciadamente o empregado por causa de suas características genéticas,

⁶⁵⁶ LUCENA, M. T. S. - *Bioética e biodireito: o direito à privacidade dos dados genéticos como instrumento para se evitar a discriminação genética*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 65.

as quais equivalem a risco de doença hereditária. Dessa forma, os testes de sequenciamento genético do empregado, antes ou após sua contratação, podem lhe ocasionar risco de discriminação genética e, por conseguinte, incursão em sua privacidade⁶⁵⁷.

O PGH não detém exclusividade em processar informações genéticas, as quais podem ocasionar discriminação genética do empregado. Na década de 1970, mesmo antes do PGH, nos Estados Unidos da América houve um acontecimento notório de discriminação genética em processo de seleção de candidatos a trabalho. O fato ocorreu quando afrodescendentes foram desqualificados em seleção de emprego, justamente por terem traços genéticos predisponentes à ocorrência de anemia falciforme, sendo afastados da possibilidade de emprego mesmo em boas condições de saúde e sem apresentar a doença. Nesta situação, havia apenas a possibilidade de se desenvolver a doença, fato que resultou na discriminação genética em tal grupo de afrodescendentes⁶⁵⁸.

“É importante registrar, por outro lado, que algumas doenças relacionadas a certas mutações genéticas, como a betatalassemia (uma forma de anemia hereditária que incide em certas populações mediterrâneas), a anemia falciforme (que ataca preferencialmente negros, acima comentada) ou a doença de Tay-Sachs (que causa graves distúrbios neurológicos entre judeus da América do Norte e de Israel) são exemplos positivos de como testes confiáveis, simples e baratos podem trazer resultados positivos⁶⁵⁹”.

Outro caso sem uso do teste genético em instância laboral, ocorrido com base em conversa sobre histórico de doenças familiares em consulta médica de pré-contratação, deu-se com três pessoas com pais esquizofrênicos (doença vinculada à hereditariedade), que não foram contratadas pelo governo chinês. O caso foi julgado pelo Tribunal do Distrito de Hong Kong em 2000, quando os indivíduos foram indenizados devido à discriminação genética⁶⁶⁰.

Decerto, o uso de teste de sequenciamento genético do empregado em ambiente de trabalho só aumentou as possibilidades de investigação genética já existentes, criando novas frentes para prática discriminatórias.

A OIT esclarece tal pauta da seguinte maneira:

“Os progressos científicos no domínio do rastreio e mapeamento genético abriram as portas a um aumento dos riscos de práticas discriminatórias no local de trabalho baseadas em informações genéticas obtidas através de rastreios obrigatórios ou do acesso a informações genéticas confidenciais. No entanto, os testes genéticos e os

⁶⁵⁷ U.S. DEPARTMENT OF ENERGY HUMAN GENOME - *What is genetic discrimination? genetics home reference*, 3/8/2015. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/discrimination>.

⁶⁵⁸ OSSEGE, A.; GARRAFA, V - Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores. *Saúde em Debate*, v. 39, n. 104, p. 226-238, jan.-mar./2015.

⁶⁵⁹ *Idem*, p. 232.

⁶⁶⁰ OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. - Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios. *Relatório Global da Conferência Internacional do Trabalho*, 96ª Sessão, 2007.p. 54.

antecedentes familiares revelam apenas a probabilidade de desenvolver uma determinada doença, não sendo indicativos de quaisquer capacidades e méritos actuais ou futuro⁶⁶¹”.

Também da OIT colhem-se dois exemplos de enfrentamento à discriminação genética do empregado em tribunais da Alemanha e dos Estados Unidos da América:

“Alemanha: Tribunal Administrativo de Darmstadt, Hessen, 2004. Os professores na Alemanha, tal como todos os funcionários públicos, têm que realizar um exame médico antes de obterem um trabalho permanente. Uma jovem professora foi examinada pelo médico de medicina do trabalho e veio a saber que se encontrava com perfeita saúde. Mas em resposta a perguntas sobre a história clínica da sua família, indicou que o seu pai sofria de doença de Huntington. Recusou a realização de testes genéticos. As autoridades educativas não lhe concederam um emprego permanente na função pública alemã com base no seu relatório médico. A professora contestou depois, com sucesso, a decisão no Tribunal Administrativo.

Estados Unidos da América: Comissão para a Igualdade de Oportunidades no Emprego, 2001. A Comissão para a Igualdade de Oportunidades no Emprego (BNSF – *Equal Employment Opportunity Commission*) dos EUA defendeu que a *Burlington Northern Santa Fe Railway* (BNSF) submeteu secretamente os seus trabalhadores a testes dissimulados para um marcador genético relacionado com a síndrome do canal cárpico. O programa do teste genético foi revelado quando foi diagnosticada a um dos trabalhadores a síndrome do canal cárpico que foi ao médico da empresa com a sua mulher para realizar um exame obrigatório. A sua mulher, que é enfermeira, ficou desconfiada quando o médico extraiu sete frascos de sangue durante o exame ao pulso do trabalhador. Estando eminente a possibilidade de ser posto termo ao emprego, a EEOC actuou rapidamente e intentou uma injunção urgente no tribunal federal, alegando que os testes eram ilegais ao abrigo da Lei dos Americanos com Deficiência (ADA), pois não estavam relacionados com a função nem eram justificados por qualquer necessidade relativa ao exercício da actividade. Condicionar qualquer acto sobre o emprego aos resultados desses testes seria praticar uma discriminação baseada numa deficiência. Apenas dois meses depois do processo ter sido interposto, a EEOC e a BNSF chegaram a um acordo em que a EEOC obteve tudo o que pretendia⁶⁶²”.

Devido à larga abrangência de tipos de doenças genéticas, há também campo abrangente para a aplicação da discriminação genética do empregado, seja pelo histórico clínico familiar, seja pela aplicação do teste de sequenciamento genético.

Cabette, Silva e Chacon⁶⁶³ referem dois casos que demonstram o campo fecundo para a discriminação genética do empregado no Brasil. Os autores relatam a possibilidade de serem criadas listas negras de empregadores com base em características genéticas de empregados, marcando-os negativamente pela possibilidade de doenças hereditárias. Tal possibilidade aflorou para os autores porque o Ministério Público do Trabalho já combateu

⁶⁶¹ OIT, ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo. Relatório Global da Conferência Internacional do Trabalho*, 100ª Sessão, 2011. p. 58.

⁶⁶² OIT, 2007, p. 54.

⁶⁶³ CABETTE, E. L. S.; SILVA, A.L.; CHACON, L. F. R - *Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil Brasileiro*. Jus Brasil, set./2014. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/139246157/discriminacao-genetica-nas-relacoes-de-trabalho-e-responsabilidade-civil-sob-a-otica-do-codigo-civil-brasileiro>.

listas negras de empregadores com referências de empregados mais vistos em jurisprudência dos Tribunais de Trabalho do Brasil.

Miranda complementa a conjectura dos autores:

“É forçoso concluir, portanto, que a utilização de informações genéticas, com o fito de conhecer e examinar as predisposições do empregado, implica uma discriminação clara e concreta, baseada em uma probabilidade, juntamente com o fato de que este tipo de informação e de utilização poderá ensejar a existência de um rótulo de determinado trabalhador ou grupo de trabalhadores, podendo levar à criação de uma lista de empregados⁶⁶⁴”.

A segunda situação levantada por Cabette, Silva e Chacon⁶⁶⁵ foi a ocorrência de uma desclassificação de candidato em concurso público, a qual foi baseada em seu índice glicêmico de 120 (o normal fica entre 70 e 110), fator tido como um risco para desenvolvimento de doença no futuro. Ao entrar na Justiça, esse candidato encontrou o seguinte parecer favorável à sua classificação no concurso:

“[...] não é justificável impedir a contratação de candidato saudável aprovado em concurso público em razão da possibilidade de em algum tempo vir a desenvolver patologia crônica, [...] eis que condicionado a evento incerto e sem qualquer data determinada. (Processo nº 0015523-62.2006.401.3400/DF)⁶⁶⁶”.

Repise-se que no Brasil há uma lacuna jurídica acerca do controle das informações genéticas, diferentemente da situação portuguesa, que se ampara na Lei nº 12, de 2005, havendo, portanto, maior potencial para situações de discriminação genética do empregado. Isso porque as informações genéticas não possuem expressa orientação legal para seu uso ou não uso. Conforme Diniz, “tudo que não está juridicamente proibido, está permitido⁶⁶⁷”. Dessa forma, estabelece-se uma lacuna quando não há contenção ou solução expressa para o controle de determinado caso.

Desse modo, situações como as descritas, listas negras ou desclassificação de emprego por possível doença futura, constatada em testes de sequenciamento genético, não são possibilidades tão distantes do ambiente laboral brasileiro, restando apenas amparo no compêndio normativo: artigo 5º da Constituição brasileira e artigos 11 a 21 do Código Civil.

⁶⁶⁴ MIRANDA, C. A. - A utilização de dados genéticos do trabalhador como fator de Discriminação nas relações de emprego. *Revista Direito UNIFACS*, n. 2.091, Março/2013. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2880/2091>. p. 15.

⁶⁶⁵ CABETTE, E. L. S.; SILVA, A.L.; CHACON, L. F. R - *Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil Brasileiro*. Jus Brasil, set./2014. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/139246157/discriminacao-genetica-nas-relacoes-de-trabalho-e-responsabilidade-civil-sob-a-otica-do-codigo-civil-brasileiro>.

⁶⁶⁶ *Idem*, s/p.

⁶⁶⁷ DINIZ, M. H. - *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 396.

Tal compêndio normativo pode ainda ser complementado pelos seguintes artigos do Código Civil brasileiro:

“Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]”

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...]”

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano⁶⁶⁸”.

Também é complementado pela Lei 9.029, de 1995, que proíbe a solicitação de exames de gravidez ou esterilização de empregado em ambiente laboral, situação tida como de caráter discriminatório. Trata-se de um diploma normativo utilizado em contendas legais acerca de discriminação em ambiente de trabalho⁶⁶⁹.

Faz-se destacar, ainda, que a seleção de trabalhadores no Brasil precede à contratação, não estando sob a égide normativa trabalhista (CLT), que impera sob o contrato de trabalho firmado. Também não há menção normativa alguma acerca da necessidade de feitura de documento de consentimento livre e esclarecido para exame médico ou exame de sequenciamento genético em momento de seleção de candidato. Assim sendo, os empregadores têm independência para eleger seus métodos de seleção de candidatos, incluindo a possibilidade de solicitação de exame de sequenciamento genético e teste psicotécnico, entre outros.

Neste ambiente de desamparo normativo acerca da discriminação genética do empregado, vale tão só o princípio da boa-fé por parte do empregador em suas metodologias investigativas de seleção de candidato a emprego⁶⁷⁰.

“Mediante este poder, o empregador realiza a gestão do trabalho do empregado e do ambiente laboral, cabendo a ele selecionar trabalhadores e descobrir, dentre os candidatos, aquele que melhor se adeque às necessidades da empresa. Nesse contexto, o empregador poderá considerar legal a utilização das informações genéticas do candidato como critério de seleção. Isso torna indispensável, portanto, uma discussão responsável sobre os aspectos éticos envolvidos em toda esta questão⁶⁷¹”.

Todavia, apesar da normatização não diretiva acerca da discriminação genética no Brasil, faz-se importante mencionar que esta não é uma pauta de legislação ignorada. Em

⁶⁶⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

⁶⁶⁹ BRASIL - Lei n. 9.029 - Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. 13/4/1995. [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM.

⁶⁷⁰ OSSEGE, A.; GARRAFA, V. *Op. cit.*, 2015, p. 232.

⁶⁷¹ *Idem*, p. 232.

1997, houve a apresentação do Projeto de Lei nº 149 no Senado, o qual trata diretamente do assunto discriminação genética, podendo ser visto na íntegra no Apêndice 2 da presente tese. Porém, atualmente, mesmo pronto para votação desde 2007, tal Projeto de Lei ainda se encontra em espera para votação na Câmara dos Deputados⁶⁷² ⁶⁷³, possuindo a seguinte justificativa:

“Embora os testes que permitam tais diagnósticos sejam ainda muito caros e pouco disseminados, verifica-se que o interesse por eles é crescente, tal como seu uso, identificando-se aqui um potencial discriminatório significativo, representado pela sua utilização por planos de saúde, em seguros de vida e de saúde, em processos de seleção de pessoal e outras situações similares, num futuro próximo. [...] A exclusão de pessoas de alto risco de processos seletivos para ingresso em emprego e a perda de emprego por parte dessas pessoas, quando o empregador conhece sua condição, são outros exemplos possíveis desse uso discriminatório do conhecimento e da tecnologia⁶⁷⁴”.

No que diz respeito à discriminação genética do empregado, o Projeto de Lei nº 149, de 1997, tem potencial protetivo, sobretudo por meio de seus artigos 6º e 8º:

“Artigo 6º - Recusar, negar ou impedir inscrição em concurso público ou em quaisquer outras formas de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética do postulante, bem como, com base em informações dessa natureza, obstar, impedir o acesso ou a permanência em trabalho, emprego, cargo ou função, na Administração Pública ou na iniciativa privada. Pena: detenção, de um mês a um ano, e multa. [...]”

Artigo 8º - Divulgar informação genética de uma pessoa, a menos que haja prévia autorização sua, por escrito. Pena: detenção, de um a seis meses, e multa⁶⁷⁵”.

Dessa maneira, caso aprovado na Câmara dos Deputados esse Projeto de Lei, haverá maior proteção ao patrimônio genético do empregado no Brasil. Entretanto, não existirá a proibição do empregador em solicitar o teste de sequenciamento genético do empregado, assim como a nulidade do consentimento do empregado em fazê-lo, o que deixará brecha para a ocorrência de discriminação genética.

Neste contexto, a pauta de proposta normativa requer uma revisão, a exemplo da Lei 12, de 2005, de Portugal. Todavia, tal revisão e, correlativamente, as especificações normativas, requereria maior tempo para a sua votação na Câmara dos Deputados, situação desanimadora, dado que o Projeto de Lei 149, de 1997, espera votação há 18 anos.

⁶⁷² ALCÂNTARA, L. - *Projeto de Lei 149, define os crimes resultantes da discriminação genética*. 05/08/1997. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm.

⁶⁷³ BRASIL - *Projetos e Matérias Legislativas: Projeto Lei 149 de 1997*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1456.

⁶⁷⁴ ALCÂNTARA, L. *Op. cit.*, 1997, s/p.

⁶⁷⁵ *Idem*.

6.4 TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Entende-se por termo de consentimento livre e esclarecido o instrumento que intermedeia a relação médico/paciente; porém, seu uso vem se estendendo ao âmbito das relações trabalhistas. Trata-se de um requisito ético para a comprovação de que um indivíduo, ao praticar sua autonomia na vida pessoal, confere a terceiros acesso a seus dados pessoais. No caso de doentes, por exemplo, seria um instrumento de proteção para a não efetivação de tratamento de saúde indesejado, havendo assim sua participação ativa no seu tratamento. Ou ainda, no caso de não doentes, seria um instrumento de concordância de participação do indivíduo em alguma pesquisa médica ou acadêmica. Por fim, no caso de relação trabalhista, constituiria um instrumento de concordância do empregado em fazer exames clínicos e laboratoriais, ofertando informações pessoais ao empregador.

Em todas as conjunturas descritas, o termo de consentimento livre e esclarecido é uma manifestação do desejo de um indivíduo quanto à sua saúde ou a seus dados pessoais. Logo, o termo de consentimento livre e esclarecido se estabelece na compreensão do indivíduo em repartir o seu livre desejo de consentir no acesso a suas informações pessoais⁶⁷⁶.

Moraes Junior assim explica o termo de consentimento livre e esclarecido:

“[...] o consentimento, do ponto de vista jurídico, concerne à materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência entre as partes de uma relação. Vale dizer, da autonomia própria das relações jurídicas. Atua como condição de legitimidade da ação de um terceiro, quando possa afetar um bem jurídico penalmente protegido e quando se reconheça a faculdade de disposição por parte de seu titular (integridade corporal e saúde), ou se refira à própria liberdade de movimentos e de deslocamento (liberdade ambulatoria), ou mesmo na formação ou manifestação de vontade daquele (detenções ilegais, ameaças, coações, tratamento médico arbitrário). Atualmente, pode ser primordialmente concebido como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato (p. ex., civis ou penais)⁶⁷⁷”.

Dessa forma, quando se usa o termo de consentimento livre e esclarecido não há coerção, visto que o indivíduo expressa seu desejo de concordância em autorizar tratamento, participar de pesquisa ou dividir informações pessoais. Assim, a utilização de exames genéticos em ambiente de relação de emprego requer o uso do termo de consentimento livre e esclarecido.

Moraes Junior complementa:

“A realização de testes genéticos implica considerar que se está agindo no campo médico-paciente, mesmo que as informações genéticas obtidas sejam utilizadas tendo em vista algum objetivo envolvendo a contratação do trabalhador (fase pré-

⁶⁷⁶ ERS, ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE - *Consentimento informado*: relatório final. Porto: ERS, 2009.

⁶⁷⁷ MORAES JUNIOR. *Op. cit.*, 2014, p. 104.

contratual), ou no curso do contrato de emprego. Nisso, antes da informação ser emprestada para o objetivo desejado, necessário que sua divulgação dependa da liberação, através do consentimento livre e esclarecido – claro que se cogita aqui de se compreender possível, que o consentir do trabalhador tenha alguma relevância⁶⁷⁸”.

Neste ambiente laboral, a ideia é que o uso do termo de consentimento livre e esclarecido confira autonomia ao empregado em relação aos seus dados pessoais, revelando-os ou não ao empregador. Instrumentação possível no Brasil, bastando o termo de consentimento livre e esclarecido para que haja feitura legal de teste genético de empregado, possibilitando ao empregador consultá-los. Esta possibilidade de uso do termo de consentimento informado tem como diretriz o Código de Ética Médica, com base em sua Resolução nº 196, de 1996:

“Consentimento livre e esclarecido – anuência do participante da pesquisa (e/ou de seu representante legal, livre de vícios simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar⁶⁷⁹”.

Também no Brasil, o Conselho de Ética Médica, em sua Resolução 1.931, de 2009, credita a importância do médico em esclarecer ao indivíduo (paciente ou sujeito de pesquisa) sobre a natureza de sua investigação e suas consequências. Assim, é responsabilidade do médico explicar ao empregado se o ambiente de trabalho o coloca em risco, comunicando também ao empregador. “É vedado ao médico – Artigo 73: Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente⁶⁸⁰”.

Em contraponto, faz-se necessário esclarecer que na esfera das informações genéticas do empregado tal autonomia para emissão de termo de consentimento livre e esclarecido impera no Brasil e não em Portugal. O fato ocorre por causa do artigo 13º da Lei nº 12, de 2005, que elimina a possibilidade de consentimento do empregado na divulgação para o empregador de seus dados genéticos.

Nessa direção,

“Faz o legislador português, por assim dizer, uma opção política, pois a par de uma discussão sobre a “autonomia da vontade” do trabalhador nas relações de emprego, torna irrelevante o consentimento o legislador português nas situações que envolvam o acesso às informações genéticas. Considera, assim, como equivalente ao

⁶⁷⁸ *Idem*, p. 108.

⁶⁷⁹ CNS, CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE - *Resolução 196 de 1996*. (versão 2012). [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf.

⁶⁸⁰ CEM, CÓDIGO DE ÉTICA DE MÉDICA - *Resolução 1931 de 2009*. [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm.

absolutamente incapaz nessa situação, com o *plus* de que sequer pode agir em seu lugar eventual representante legal⁶⁸¹”.

Dessa maneira, não cabe ao empregado em Portugal emitir o termo de consentimento livre e esclarecido, quando se utiliza material biológico para constituição de bases de dados, visto que se acha submetido às restrições contidas na Lei nº 12, de 2005.

Em síntese, encontra-se o instrumento termo de consentimento livre e esclarecido, para feitura de teste de sequenciamento genético do empregado, viável no Brasil e inacessível em Portugal.

6.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO

Para se tratar no âmbito jurídico o uso da informação genética do empregado, faz-se necessário trazer à tona conceituações normativas que emergem dos direitos da personalidade. Em tal sentido, a tutela da personalidade ocorre pela autonomia do indivíduo em gerir sua personalidade, e a fundamentação ética da dignidade humana se dá pelos direitos da personalidade.

Como os direitos da personalidade estão relacionados às características particulares da pessoa, abrangem também suas especificidades genéticas. Como tais direitos vinculam-se aos direitos fundamentais, as informações genéticas do empregado devem ser protegidas.

Na esteira dos direitos da personalidade, estabelece-se o reconhecimento à intimidade quando há a preservação das características de personalidade junto à sociedade. Em tal ambiente íntimo, insere-se a percepção da vida privada que, por sua vez, se estabelece no direito privado. Mais que um direito individual de ter tranquilidade e paz, é um direito que abarca a proteção à dignidade humana.

Os Códigos Civis português (artigos 70º a 81º) e brasileiro (artigos 11 até 21) sustentam juridicamente os direitos da personalidade e estabelecem o reconhecimento do direito individual, personalíssimo, como uma ramificação dos direitos fundamentais, tutelando a dignidade da pessoa humana. Portanto, verifica-se o reconhecimento dessa vertente de direitos fundamentais nas Constituições portuguesa (artigo 24º) e brasileira (artigo 5º).

Em tal esteio jurídico, que abarca a privacidade, encontra-se a conceituação de autodeterminação informativa, ou seja, o controle de informações pessoais, que podem ser do tipo informações genéticas. A fragilidade no manuseio e na oferta de informações pessoais é

⁶⁸¹ *Idem*, p. 109.

reconhecida, posto haver reconhecimento normativo à autodeterminação informativa na Constituição de Portugal (artigo 35º), respaldado pela Lei 67, de 1998. No Brasil, a autodeterminação informativa não possui especificidade constitucional direta, contando apenas com a interpretação normativa subjetiva da Constituição (artigo 5º).

Tal alinhamento de conceito normativo, abrangendo os direitos da personalidade da forma até aqui exposta, remete ao pensamento de que as transformações sociais levam à necessidade de se constituir leis mais diretivas. É que comportamentos novos exigem novas normativas para a manutenção da disciplina na sociedade. Como as informações genéticas estão presentes na sociedade há menos de duas décadas, podem ser tratadas como um novo objeto de interesse para a adequação de uso em sociedade. Porém, como o uso de tais informações personalíssimas pode gerar condutas sem preceitos morais, faz-se prudente a instituição normativa direta para tal temática.

É o caso do empregado que pode ser discriminado devido a suas características genéticas em ambiente de pré-seleção de empregados. Em Portugal há bom exemplo do direcionamento normativo para esta pauta: o Código do Trabalho Português (artigo 24º), que impõe postura de igualdade no acesso ao trabalho e de não discriminação genética; e também a Lei 12, de 2005, regulamentada pela Lei 131, de 2014, que obsta a utilização da informação genética do candidato a emprego pelo empregador, retirando a autonomia do candidato a emprego em consentir a consulta de suas informações genéticas pelo empregador.

No Brasil, não há normativa direta para o uso das informações genéticas de candidato a emprego por parte do empregador; tão só o respaldo constitucional subjetivo (artigo 5º), que não permite imposição alguma de terceiros ao desejo livre e autônomo do indivíduo. Portanto, no âmbito brasileiro basta apenas o candidato a emprego consentir em ofertar suas informações genéticas ao empregador, podendo fazê-lo por meio do Termo de Livre Conhecimento Esclarecido.

Consequentemente, no Brasil, por existir falta de especificidade legislativa para o uso e a oferta das informações genéticas de candidato a emprego, há maior probabilidade de solicitação de exames de sequenciamento genético em ambiente de seleção de candidatos a emprego, o que torna o Brasil propenso à ocorrência da discriminação genética do empregado. Em contraponto, tal propensão é inferior em Portugal, devido à especificidade de sua legislação doméstica.

7. JURISPRUDÊNCIA

O presente tópico do estudo trata da jurisprudência pertinente às relações entre empregados e empregados e faz uma incursão sobre o comportamento das justiças domésticas portuguesa e brasileira. De modo diferenciado, investiga as interpretações normativas diversas sobre as informações privadas dos empregados e a discriminação.

7.1 PORTUGAL

Mesmo antes da Lei nº 12, de 2005, sancionada em 2014, já existia no curso legislativo português a preocupação com as informações da saúde do trabalhador, o que indicava preocupação com informações advindas de exames médicos em ambiente laboral. Com efeito, merece destaque a jurisprudência voltada ao tratamento de dados de saúde, conforme Acórdão 368, de 2002.

Aqui, há espaço para que os exames sejam solicitados pelos empregadores, sobretudo porque há confiabilidade do médico no trato das informações. Em alguns casos, há necessidade de exame médico do empregado, fator que faz com que ocorram discussões sobre o quão privadas devem ser as informações de saúde do trabalhador.

O Acórdão 368, de 2002, do Tribunal Constitucional de Portugal, assim se manifesta:

“1 – Relatório – O Procurador-Geral da República requer, com a legitimidade que lhe confere o artigo 281º, nº 1, alínea a e nº 2 da Constituição da República Portuguesa, a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 13º, nº 2, alínea e, 16º, 17º, 18º e 19º do Decreto-Lei nº 26/94, de 1 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7/95, de 29 de Março. Alega o requerente como fundamento do seu pedido, em síntese: - O regime estabelecido pelo citado Decreto-Lei nº 26/94 não foi, devendo sê-lo, credenciado por autorização parlamenta. Com efeito, aquele regime: a) **Instituiu “relevantes restrições ao núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada que como é inquestionável abrange as informações e elementos atinentes ao estado de saúde de quem pretende ser ou é trabalhador de certas empresas”**. b) Criou um “mecanismo ‘coercivo’ que permite submeter tais trabalhadores à realização de quaisquer exames ou testes (cfr. artigo 16º, nº 3) que o médico de trabalho discricionariamente julgue necessários (artigo 19º, nº 1, alíneas b e c)”; c) Permitiu “ao referido ‘médico do trabalho’ (que se insere em serviços pertencentes ou contratados pela própria empresa empregadora) a criação de uma verdadeira ‘base de dados’ que inclui informações virtualmente exaustivas sobre o ‘estado de saúde’ de cada trabalhador sem outro controlo ou fiscalização que não seja a genérica proclamação de que tais dados estão sujeitos ao sigilo profissional (artigo 17º, nºs 1 e 2), prevendo-se ainda a instituição de um regime de colaboração ‘necessária’ com o médico assistente do trabalhador, ao abrigo do qual parece ser possível obter deste inquisitoriamente os resultados de anteriores exames ou consultas”; d) Permitiu “ao médico do trabalho, com base no juízo de aptidão ‘sanitária’ que formule, influenciar decisivamente a situação profissional do trabalhador, sem que se preveja e configure qualquer garantia adequada a questionar tal juízo do aludido ‘médico do trabalho’ (artigo 18º, nº 1)”. - As normas que criaram este regime “padecem, pois, desde logo, de evidente inconstitucionalidade

orgânica, por violação do preceituado no artigo 168º, nº 1, alínea b) – actual artigo 165º, nº 1, alínea b) – em conexão com o artigo 26º da Constituição da República Portuguesa que consagra como direito fundamental a reserva da intimidade da vida privada". - As "alterações parcelares e pontuais" que a Lei nº 7/95, por ratificação do Decreto-Lei nº 26/94, introduziu nos questionados artigos 16º, nºs 1, 2 e 3, 17º, nº 3 e 18º, nº 1 "não são susceptíveis de operar a convalidação ou sanção da evidente inconstitucionalidade orgânica do bloco normativo atrás especificado" [...] 7 - Decisão: Pelo exposto e em conclusão, decide-se: a. **Não conhecer da constitucionalidade das normas ínsitas nos artigos 16º, nº 2, alínea a, e 6 e 17º, nº 2** do Decreto-Lei nº 26/94, de 1 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei nº 7/95, de 29 de Março; b. Não julgar inconstitucionais as restantes normas impugnadas. Lisboa, 25 de Setembro de 2002- Artur Maurício, Guilherme da Fonseca, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, José de Sousa e Brito⁶⁸²". (Grifo do autor).

Entende-se, assim, a limitação no exame médico admissional pela revogação, por inconstitucionalidade, dos

"Artigo 6.º: 2 - Sem prejuízo do disposto em legislação especial devem ser realizados os seguintes exames de saúde: a) Exame de admissão, antes do início da prestação de trabalho ou, quando a urgência da admissão o justificar, nos 20 dias seguintes; [...] também, entende-se a importância do médico cuidar das informações clínicas, que devem ser oferecidas ao trabalhador e não ao empregador, havendo a revogação no que concerne a ficha clínica:

Artigo 7.º: [...] 2 – A ficha encontra-se sujeita ao regime de segredo profissional, só podendo ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos do Instituto de Desenvolvimento e Inspeção das Condições de Trabalho [...] ⁶⁸³".

Destaca-se, nesse contexto, o exemplo de caso de discriminação encontrado em consulta jurídica junto à Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA de 2007: o empregador, Grupo Sana, tomou conhecimento em exame médico, promovido pela empresa, de que um empregado era portador do HIV, havendo sido demitido sem justa causa. A Comissão entendeu que houve violação do sigilo por parte do médico, ferindo responsabilidades disciplinar e civil, assim como comportamento discriminatório por parte do empregador⁶⁸⁴. Há, portanto, uma proteção sobre as informações vinculadas à saúde do empregado, o que implica o mesmo procedimento para as suas informações genéticas.

Todavia, existem interpretações normativas na jurisprudência que consentem na demissão de portador de HIV, como a seguinte:

"I - O Supremo Tribunal de Justiça não pode, em regra (ressalvadas as excepções previstas no nº 2 do artigo 722º do Código de Processo Civil), alterar a matéria de facto fixada pelo tribunal recorrido, estando-lhe vedado sindicá-lo o erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa em que eventualmente tenha incorrido aquele tribunal. II - Resultando dos factos apurados pelas instâncias – sobre os quais o Supremo não pode exercer censura –, em síntese, que o A. é

⁶⁸² PORTUGAL. - *Acórdão 368 de 2002, Relator: Cons. Artur Maurício*. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/PesquisaAcordao.mvc>.

⁶⁸³ *Idem*.

⁶⁸⁴ CNLC-SIDA, COMISSÃO NACIONAL DE LUTA CONTRA A SIDA - *Consulta solicitada pela Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA*. 2007. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://static.publico.pt/docs/sociedade/2007ConsultaComissaoNLCSSida.pdf>.

portador de HIV positivo, que esta é uma doença infectocontagiosa crónica que o torna inapto para o exercício das funções de cozinheiro, dado ter de manipular alimentos e de utilizar objectos cortantes e que o vírus respectivo existe no sangue, saliva, suor e nas lágrimas e pode ser transmitido no caso de haver derrame dos mesmos sobre alimentos servidos em cru consumidos por quem tenha na boca uma ferida mucosa de qualquer espécie, é de entender que se verifica uma impossibilidade superveniente (porque surgida posteriormente à contratação do A.) e definitiva de o A. prestar à R. as suas funções de cozinheiro. [...] Concluiu-se dessa forma por se ter entendido que, no caso concreto e de acordo com a factualidade provada, tal afecção ditava a referida impossibilidade. Nenhuma discriminação desfavorável se fez aí ao A., em função da sua doença, em relação a outros trabalhadores, portadores ou não de igual ou diferente doença, e também eles impossibilitados, nos termos da citada alínea b, de prestar o trabalho aos respectivos empregadores. Por outro lado, não se vislumbra, minimamente – nem, aliás, o A. o concretiza – em que medida a interpretação perfilhada no acórdão recorrido (e na presente decisão) possa traduzir qualquer ofensa do direito do A. à integridade pessoal (previsto no art.º 25º da Constituição) ou de outros direitos pessoais, v.g. o de protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (previstos no art.º 26º da Constituição). Ou seja: não se verificam os obstáculos constitucionais apontados pelo A. – nem se vislumbra outros – à solução a que se chegou no sentido da caducidade do contrato de trabalho. É, pois, de confirmar a decisão recorrida. V – Assim, acorda-se em negar a revista e em confirmar a decisão recorrida. Custas nas instâncias e na revista a cargo do A., sem prejuízo do apoio judiciário que lhe foi concedido. Lisboa, 24 de Setembro de 2008, Mário Pereira (Relator) Sousa Peixoto, Sousa Grandão⁶⁸⁵.

Tal fato conduz à possível interpretação de maleabilidade do efeito discriminatório acerca das informações genéticas do empregado obtidas em exame médico. Porém, não há espaço para tanto, haja vista que informações genéticas não tratam especificamente da saúde do trabalhador no presente, mas sim sobre a probabilidade de doenças no futuro.

Dessa maneira, cabe como ambiente de similaridade para apreciação, nos casos da doença instaurada (como exemplo, o HIV) e da doença futura, a assertiva sobre a proteção contra a discriminação do empregado e sobre a importância do sigilo acerca de suas informações de saúde. Assim, casos vinculados ao exame médico do empregado devem ter normatização direta, especificando conduta legal e casos de exceção desta.

Conclui-se que caberá à Lei nº 12, de 2005, instaurada em 2014, trazer a devida acomodação normativa para casos análogos relacionados ao exame de sequenciamento genético do empregado e à preservação de sua privacidade, evitando sua discriminação e mantendo o sigilo de suas informações genéticas.

⁶⁸⁵ PORTUGAL. - *Acórdãos STJ: Proc. nº 07S3793 de 24/09/2008*. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966ccc639b7e268802574d6002c6b95>.

7.2 BRASIL

Casos discriminatórios, conforme exemplificado no sexto capítulo, quando indivíduos foram descartados de seleção de emprego por estar envolvidos em ações judiciais, como pertencentes à lista negra de empregador, podem ser exemplificados nas jurisprudências a seguir:

“AÇÃO/RECURSO: RECURSO ORDINÁRIO Nº 01492-2008-004-20-00-2 PROCESSO Nº 01492-2008-004-20-00-2 ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE ARACAJU EMENTA: DANO MORAL COLETIVO – CONFIGURAÇÃO – DISCRIMINAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS Tendo sido demonstrado nos autos, através de confissão da preposta, a atitude da reclamada em estabelecer como norma procedimental interna a discriminação de seus empregados ou potenciais empregados que tivessem ajuizado ações na Justiça do Trabalho, configura-se o dano moral coletivo. Recurso a que se nega provimento. RELATÓRIO: Recorre ordinariamente a ALDEOTA LOCAÇÃO E TURISMO LTDA .da decisão proferida pela 4ª Vara do Trabalho de Aracaju-SE, em sede de Ação Civil Pública, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO, objetivando a reforma do julgado para que julgue totalmente improcedente a ação ajuizada e, sucessivamente, a redução do valor arbitrado na condenação. A parte adversa apresentou razões de contrariedade às fls. 408/417. Teve vista o Exmo. Sr. Desembargador Revisor. VOTO: Conheço do recurso porque presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal. MÉRITO DA DISCRIMINAÇÃO PRATICADA PELA EMPRESA EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA Insurge-se a recorrente quanto ao entendimento profligado pelo juízo de primeiro grau que, julgando parcialmente procedente a Ação Civil Pública ajuizada, determinou que ela se abstenha de praticar e também não permita que seus prepostos pratiquem qualquer ato atentatório ao livre exercício do direito de ação, determinando o pagamento da indenização por danos morais coletivos no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Reconheceu o juízo “a quo”, com base na confissão real, a conduta discriminatória da empresa de erigir à categoria de norma procedimental interna, a vedação de acesso ao judiciário de seus empregados ou potenciais empregados. A recorrente, além de reiterar os fundamentos aduzidos em sua peça contestatória, trouxe como base da fundamentação de seu recurso os depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas no curso da instrução processual, alegando que a prova testemunhal produzida teria negado que a empresa adotou a atitude discriminatória combatida pelo Ministério Público do Trabalho. Restou demonstrado na peça vestibular, mediante prova documental acostada, como também no curso da instrução processual, que a preposta da empresa, a Sra. Maria Wilna Cavalcante de Oliveira, teria confessado, em duas oportunidades, que a recorrente adota a prática discriminatória combatida na presente ação: a primeira, no âmbito do processo nº 01875-2007-004-20-00-0, que ocasionou a expedição de ofício o Parquet e a segunda, em audiência realizada no curso da instrução do Inquérito Civil nº 30/2208, cuja cópia foi anexada à exordial, pronunciando-se à fl. 68, *in verbis*: “que a empresa ALDEOTA tem por procedimento, quando assume um contrato, não admitir os empregados das prestadoras anteriores que tenham algum problema na justiça (...)”. Vale ressaltar, que a despeito de tal confissão ter sido obtida espontaneamente em ambas as oportunidades, a empresa tentou afastar a prova de sua conduta ilegal através da alegação, constante de sua peça contestatória, de que o depoimento da preposta teria sido um “ato desastrado” da mesma visando proteger a Petrobrás, única empresa para a qual presta serviços, qualificando o depoimento como “uma desculpa estapafúrdia encontrada pela preposta para justificar a demissão do empregado, sem ter que informar a verdadeira razão.” (fl. 339) A confissão prevalece sobre a prova testemunhal produzida, caso contrário, de nada adiantaria a intimação da parte para comparecer a Juízo para depor sob pena de confissão. Seria o mesmo que suprimir da parte contrária o direito de obter a confissão da parte ex-adversa. A prova testemunhal não deve ser sobressair em

detrimento da confissão espontaneamente obtida da empresa, máxime na situação dos presentes autos, em que se discute uma atitude discriminatória da recorrente em face de seus empregados. O fato de as testemunhas ouvidas pela reclamada terem informado que não foram objeto de discriminação, mesmo tendo ajuizado reclamações trabalhistas (fls. 379/380), não tem o condão de elidir a confissão da preposta, podendo vir a indicar quando muito que a empresa não estaria mais procedendo à atitude discriminatória anterior. [...] DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO Pretende o recorrente a redução do valor arbitrado a título de dano moral coletivo, levando-se em conta que o caso em análise é único, inexistindo indícios de que tenha sido praticado e menos ainda de que o seja reiteradamente. O valor da indenização fixado deve ser razoável, levando-se em consideração as circunstâncias e os elementos da causa, de modo a representar efetiva sanção ao ofensor, sem, no entanto, caracterizar enriquecimento sem causa das vítimas. Referida indenização deve ser fixada em valor que possa ser sentido pelo autor do dano, servindo, mesmo, como medida pedagógica. Deve ser considerada a ocorrência de dano moral coletivo, quando se verificar que houve violação a preceitos constitucionais (artigos 3º, Inciso IV; 5º, *caput* e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988), em razão da atitude discriminatória praticada pela recorrente em não mais contratar quem demandou ou venha a demandar na justiça do trabalho. A indenização por dano moral coletivo tem natureza pedagógico-preventiva, mas também visa reparar a ordem jurídica violada e os interesses difusos coletivos da sociedade, indignada pela transgressão dos direitos mais mezinhas do cidadão-trabalhador. O montante fixado pela sentença recorrida levou em consideração os parâmetros acima declinados, arbitrado dentro de um padrão de razoabilidade, diante das circunstâncias fáticas que foram objeto de apuração. Nada a reformar no aspecto. Posto isso, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento. DECISÃO: Acordam os Exmos. Srs. Desembargadores do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento. Aracaju, 18 de maio de 2009⁶⁸⁶.

“ACÓRDÃO Nº RECURSO ORDINÁRIO PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 00157-2006-092-15-00-5 RO RECORRENTE: RIO AZUL SERVIÇOS S/C LTDA. RECORRIDO: JOELMA CRISTINA DA SILVA GONÇALVES E MARINALVA FREIRE DE MELO CAETANO ORIGEM: 5ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS LISTA NEGRA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE - O princípio da não discriminação está ligado ao princípio da igualdade, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. A lista discriminatória, também conhecida por lista negra, consiste na conduta discriminatória de empregadores em face de trabalhadores, decorrentes de fatos como: o ingresso com reclamações trabalhistas, restrição de crédito ou figurarem como réu em demais processos de natureza civil e criminal, etc. Tal procedimento ofende os artigos 3º, IV, 5º, 7º, XXX, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei 9.029/95, eis que evidente a discriminação e o abuso de direito, visto que tais fatos não estão ligados diretamente à qualificação do trabalhador. Está comprovado autos, tendo em vista a prova testemunhal produzida, que a reclamada não contratou as reclamantes pelo fato de terem ingressado com ação trabalhista contra a cooperativa que intermediava os seus serviços para o Banco do Brasil. Pois bem, como alegado anteriormente, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico a discriminação contra candidatos a emprego por terem exercido o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente, conforme preceituado no art. 5º, inciso XXXV. Neste diapasão, o conjunto probatório, produzido nestes autos, deixa clara a existência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil da reclamada, passível de correção por meio de indenização por danos morais. Inconformada com a r. sentença de fls. 57/59, que julgou parcialmente procedente a ação reclusória ajuizada,

⁶⁸⁶ JUSBRASIL - Jurisprudência: TRT-20 – Recurso Ordinário: RECORD 1492200800420002 SE 01492-2008-004-20-00-2 [12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5603430/recurso-ordinario-record-1492200800420002-se-01492-2008-004-20-00-2>.

recorre ordinariamente a reclamada, insurgindo-se, em suma, contra o deferimento do pleito de indenização por danos morais, decorrente de discriminação na não contratação das reclamantes. Contra-razões às fls. 86/90. Depósito recursal à fl. 68 e o recolhimento das custas processuais à fl. 69. É o breve relatório. VOTO DO CABIMENTO. Conheço do recurso ordinário interposto, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade. MÉRITO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS Com relação aos danos morais é necessário que façamos algumas considerações. Segundo Jorge Pinheiro Castelo, “o dano moral é aquele que surte efeitos na órbita interna do ser humano, causando-lhe uma dor, uma tristeza ou qualquer outro sentimento capaz de lhe afetar o lado psicológico, sem qualquer repercussão de caráter econômico” (in Revista LTr 59-04/488). Carlos Alberto Bittar, por sua vez, esclarece que “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (in Reparação Civil por Danos Morais, editora Revista dos Tribunais, pág. 45). Pois bem, se o “dano moral significa, apenas e tão-somente, a dor” (in Revista LTr 59-04/490), deve haver um nexo de causalidade, in casu, decorrente do contrato de trabalho, para que seja possível a condenação do agente causador do ato tido por danoso. Neste sentido, o art. 159 do Código Civil de 1916, aplicado pelo tempus regit actum, ainda que o art. 186 do novo Código Civil não tenha mudado o seu espírito, que assim disciplinava a matéria: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” Do desdobramento do referido texto legal, verificamos que são pressupostos da responsabilidade civil, a saber: ação ou omissão do agente; culpa do agente; relação de causalidade e, finalmente, dano experimentado pela vítima. O prof. Silvio Rodrigues, ao abordar a questão da relação de causalidade, nos ensina: “Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente” (in *Direito Civil*, 4º volume, pág. 18). O princípio da não discriminação está ligado ao princípio da igualdade, pressupondo a vedação de discriminações injustificadas. A lista discriminatória, também conhecida por lista negra, consiste na conduta discriminatória de empregadores em face de trabalhadores, decorrentes de fatos como: o ingresso com reclamações trabalhistas, restrição de crédito ou figurarem como réu em demais processos de natureza civil e criminal, etc. Tal procedimento ofende os artigos 3º, IV, 5º, 7º, XXX, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei 9.029/95, eis que evidente a discriminação e o abuso de direito, visto que tais fatos não estão ligados diretamente à qualificação do trabalhador. Está comprovado nos autos, tendo em vista a prova testemunhal produzida (vide fl. 54), que a reclamada não contratou as reclamantes pelo fato de terem ingressado com ação trabalhista contra a cooperativa que intermediava os seus serviços para o Banco do Brasil. Pois bem, como alegado anteriormente, é vedado pelo nosso ordenamento jurídico a discriminação contra candidatos a emprego por terem exercido o direito de ação, que é assegurado constitucionalmente, conforme preceituado no art. 5º, inciso XXXV. Neste diapasão, o conjunto probatório, produzido nestes autos, deixa clara a existência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil da reclamada, passível de correção por meio de indenização por danos morais. Constatado o evento lesivo à empregada, qual seria o valor da indenização adequado à situação concreta delineada nestes autos? Esclarece Bittar: “a técnica da atribuição de valores inexpressivos já foi abandonada. Partiu-se, como se sabe, de quantias simbólicas nesse campo, mas a evolução mostrou a inadmissibilidade da fórmula à medida que se conscientizou a humanidade do relevo dos direitos personalíssimos no plano valorativo do sistema jurídico. Nessa ordem de idéias, tem-se clara na jurisprudência sobre qualquer direito outro, aliás, como se assentou ainda no século passado, no caso primeiro (*omissis*). Caminhou-se, depois, para a fixação de valores razoáveis, a título de compensação, uma vez afirmada na

jurisprudência a tese da reparabilidade dos danos morais. [...] Nessa linha de raciocínio, vêm os tribunais aplicando verbas consideráveis, a título de indenizações por danos morais, como inibidoras de atentados ou de investidas indevidas contra a personalidade alheia. [...] Essa diretriz vem, de há muito tempo, sendo adotada na jurisprudência norte-americana, em que cifras vultosas têm sido impostas aos infratores, sob o prisma moral e jurídico, nas interações sociais e jurídicas” (in Revista LTr 59-04/491). Com as sábias palavras proferidas pelo saudoso mestre Carlos Alberto Bittar, verificamos que, para o cálculo do valor da indenização por danos morais, devemos afastar o instituto do enriquecimento sem causa, pois a finalidade primeira desta indenização é inibir, por parte do agente causador do ato, futuros atentados contra a personalidade alheia. Neste diapasão, o valor arbitrado, a título de indenização por danos morais, pelo MM. Juízo a quo é adequado à realidade, podendo ser considerado um valor inibidor de atentados futuros. Mantenho. Ante o exposto, decido conhecer do recurso ordinário interposto e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo intacta a r. sentença de origem por estes e seus próprios fundamentos. FLÁVIO NUNES CAMPOS JUIZ RELATOR PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 157-2006-092-15-00-5⁶⁸⁷”.

Outra situação no contexto jurídico brasileiro diz respeito à possibilidade incondicional de o empregador solicitar o exame médico do empregado, o que abre espaço para a solicitação sem precedentes dos testes de sequenciamento na relação empregador e empregado, a saber:

“DANO MORAL – EMPRESA – NÃO CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO – SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS – DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA. 1 - É LÍCITO ÀS EMPRESAS A SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS ANTES DA CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO. 2- SENTENÇA MANTIDA. (TJ-DF – ACJ: 41575220028070009 DF 0004157-52.2002.807.0009, Relator: SEBASTIÃO COELHO, Data de Julgamento: 23/6/2003, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: 4/12/2003, DJU Pág. 53 Seção: 3)⁶⁸⁸”. (Grifo do autor)

Quanto ao uso dos exames médicos para a prática discriminatória, estes se fazem presentes na jurisprudência brasileira. Nos quatro exemplos a seguir, constata-se a importância de lei diretiva nacional acerca das situações discriminatórias vinculadas a exame médico e diagnóstico de doença (caso de HIV⁶⁸⁹), ou possível iminência de doença (caso de obesidade).

⁶⁸⁷ JUSBRASIL - *Jurisprudência: TRT-15 – Recurso Ordinário: RO 31684 SP 031684/2007*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4525310/recurso-ordinario-ro-31684-sp-031684-2007/inteiro-teor-101664243>.

⁶⁸⁸ JUSBRASIL - *Jurisprudência: TJ-DF – Apelação cível no juizado especial: ACJ 41575220028070009 DF 0004157-52.2002.807.0009*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7359979/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-41575220028070009-df-0004157-5220028070009>.

⁶⁸⁹ Na situação do HIV já existe uma normatização diretiva para a relação dos exames médicos e ambiente empregatício, pois não podem ter função para diagnosticar o HIV, conforme o artigo 2º da Portaria nº1.246/00, do Ministério do Trabalho e Emprego: “Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV”. MTE, MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Portaria nº 1.246/00, de 28 de maio de 2010*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-246-de-28-05-2010.htm>

Nos dois exemplos iniciais, averigua-se o quanto uma lei diretiva auxiliaria na proteção contra a discriminação – nos casos em comento, indivíduos com HIV, já contratados, são demitidos (mesmo sem justa causa); caso estivessem em situação de pré-seleção de candidatos, provavelmente não teriam a mesma sorte no apoio normativo doméstico.

Nos dois exemplos seguintes, apresentam-se condutas discriminatórias em momentos de pré-seleção, em que a obesidade confere futuros problemas no ambiente de trabalho. Nestes últimos exemplos, fica evidente a dificuldade legal em se estabelecer o vínculo entre empregador e candidato a emprego, assim como a postura discriminatória do empregador, que tem liberdade e autonomia para escolher os critérios de eleição de candidatos.

Eis os quatro exemplos referidos:

“DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO – RESCISÃO CONTRATUAL – EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV – CONSTATAÇÃO – REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO – Reintegração. Empregado portador do vírus HIV. Dispensa discriminatória. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4.(...). (TST – ERR 439.041/98.5 – SBDI-1 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 23.5.2003 – p. 544) JCF.1 JCF.1.III JCF.5 JCF.5.II JCF.7 JCF.7.I”.

“PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-76.089/2003-900-02-00, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DJ-17.6.2005)⁶⁹⁰”.

“RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À AUTOESTIMA E À DIGNIDADE. VALOR ARBITRADO (R\$5.000,00). I. Rejeita-se a alegação de ofensa ao *caput* do art. 5º da Constituição Federal, pois a Corte Regional examinou a prova e concluiu categoricamente ter havido a prática de ato discriminatório, por ter sido evidenciada claramente a reprovação em teste seletivo porque a Reclamante apresentou IMC de 37,8. II. Recurso de revista de que não se conhece. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº

⁶⁹⁰ JUSBRASIL - *Jurisprudência: TST – Agravo de instrumento em recurso de revista: AIRR 206400720015020261 20640-07.2001.5.02.0261 [12 de agosto de 2015].* Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1820817/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-206400720015020261-20640-0720015020261/inteiro-teor-10195475>.

TST-RR-410200-13.2008.5.09.0594, em que é Recorrente DAGRANJA AGROINDUSTRIAL LTDA. e Recorrida DAIANA INACIO FERNANDES. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada e manteve a sentença, na parte em que se condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00. [...] A Reclamada interpôs recurso de revista. [...] A insurgência foi admitida quanto ao tema “dano moral – indenização”, por aparente violação do art. 5º, V, da CF/88. [...] 1. CONHECIMENTO O recurso de revista é tempestivo, está subscrito por advogado regularmente habilitado e cumpre os demais pressupostos extrínsecos de admissibilidade. 1.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À AUTOESTIMA E À DIGNIDADE. VALOR ARBITRADO (R\$ 5.000,00) A Reclamada pretende afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Sucessivamente, caso mantida a condenação, requer a redução do valor arbitrado. [...] Afirma que “das provas produzidas nenhuma comprovou a existência do dano, sequer a existência à época de comunicação do motivo da reprovação no processo seletivo”. [...] Expõe que “é imperioso caracterizar a relação de causa e efeito, isto é, nexos causal entre o ato lesivo e a lesão efetivamente ocorrida, bem como a autoria do agente que causou o ato, o que efetivamente não correu no caso em tela”. [...] Sustenta que “a condenação entendida pelo C. Tribunal 'a quo' é extremamente elevada sendo determinado o pagamento no importe de 5.000,00 (cinco mil reais), mormente porque o juiz deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, prevenindo o enriquecimento sem causa” (fl. 139). Aponta violação do art. 5º da CF/88 e transcreve arestos para demonstração de divergência jurisprudencial. O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamada e manteve a sentença, na parte em que se condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00. Consta do acórdão: DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO

Salienta a Reclamada que a Autora nunca foi contratada como sua empregada, inexistindo relação de emprego ou jurídica entre as partes. [...] Afirma que a inclusão do exame médico admissional como fase classificatória e eliminatória na contratação de empregados estaria no âmbito dos poderes inerentes do empregador e em consonância com a legislação trabalhista e regulamentação de segurança e medicina do trabalho, constituindo poder-dever do empregador.

Nega a atitude discriminatória ou desrespeito ao princípio da boa-fé, de modo que a minúcia dos exames realizados atestaria sua diligência para não cometer injustiças com o candidato e a sociedade, pois a seleção tinha por objeto a contratação de profissional para atuar na área de alimentos. Sustenta que não haveria prova da efetiva existência do dano, nem dos elementos que possam resultar na responsabilização da Ré. [...] Na doutrina trabalhista, sob análise dos princípios citados, vem sendo identificado problemas na fase da pré-contratação ligado à discriminação. [...] Pois bem. No presente caso, a questão de fato é incontroversa. O empregador não contratou a autora em razão do IMC, que foi de 37,8%, considerando como obesidade. A conduta da ré foi nitidamente discriminatória, ao impor como limite de contratação condição física, aparência. Ressalta-se que os exames da autora, [...] comprovaram que a obreira estava em excelente condição de saúde. Não tem direito a empresa, que prima por uma função social, simplesmente se negar a contratar um empregado em razão de um simples IMC, sem adentrar em nenhum pormenor. **Tem o empregador, sim, o direito de contratar e dispensar. Contudo, tal exercício do direito não pode ser abusivo, devendo respeitar os limites da lei, os princípios da boa-fé e da função social do contrato. No presente caso, mostra-se que houve abuso do direito da ré ao não contratar, agindo de forma discriminatória,** já que o motivo fora simplesmente 'alto IMC', ferindo princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como da igualdade, valorização do trabalho, função social da empresa, não-discriminação, entre outros. [...] **No momento da contratação deve ser observado o princípio geral do direito de igualdade no acesso ao emprego, evitando-se, portanto, que a empresa busque detectar problemas genéticos hereditários, predisposições patológicas ou diagnósticos propriamente ditos.** [...] A Reclamada aponta violação do art. 5º da CF/88. [...] A Corte Regional fixou o valor da indenização levando em consideração o fato ocorrido, a condição social da Autora, como parte

ofendida, e a situação econômica do agente (capital social de R\$ 47.000.000,00 – quarenta e sete milhões de reais – fl. 31), como parte responsável, a constatação do nexo causal, a gravidade evidenciada e a culpa – fl. 130v). Não conheço do recurso de revista. ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, não conhecer do recurso de revista. Brasília, 4 de setembro de 2013. Fernando Eizo Ono Ministro Relator⁶⁹¹”. (Grifo do autor)

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO TÉCNICO DO CORPO AUXILIAR DA MARINHA DO BRASIL. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO.OBESIDADE. VEDAÇÃO.APELAÇÃO IMPROVIDA. - Na hipótese vertente, o postulante é candidato a uma das vagas oferecidas no Processo Seletivo para ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha do Brasil, na especialidade de Direito, tendo sido aprovado nas provas escritas. Entretanto, foi reprovado no Exame Médico realizado pela Junta Regular de Saúde do Hospital Naval do Recife, por se encontrar acima do peso máximo, segundo critérios estabelecidos no instrumento convocatório. - Não é razoável entender que o excesso de peso apresentado pelo candidato, por si só, é suficiente para torná-lo inapto para o exercício das atribuições do referido cargo na Marinha do Brasil, mormente quando ele exerce atribuições equivalentes na Aeronáutica, tendo sido considerado sempre apto nas inspeções médicas a que se submeteu. - Ademais, além do fato de que o postulante desempenhará atividade de natureza intelectual, assessoramento jurídico na Marinha do Brasil, ele foi aprovado no teste de suficiência física, não restando comprovado pela Administração Castrense, a inabilitação do aludido candidato para o cargo ao qual está concorrendo, em razão da obesidade apresentada. - A exigência de critérios discriminatórios desarrazoados em edital de concurso fere a Constituição, por afrontar o princípio da isonomia. - Há que se anular o ato administrativo que culminou na exclusão do demandante do Processo Seletivo para ingresso no Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha do Brasil, assegurando a sua participação nas fases seguintes e a sua nomeação em definitivo, na hipótese de aprovação. Tal como determinado pelo ilustre sentenciante. Apelação e remessa obrigatória improvidas. (TRF-5 – AC: 376546 PE 0002863-40.2004.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 16/10/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 14/11/2008 – Página: 410 – Nº: 222 – Ano: 2008)⁶⁹²”.

Destaca-se a ressalva de que os editais para candidatos a emprego valem-se do termo de consentimento livre e esclarecido, o que corresponde a uma autorização legal do candidato a emprego em aceitar a forma eleita pelo empregador para seleção de emprego.

Eis o exemplo abaixo:

“CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BRIGADA MILITAR. GRADUAÇÃO DE SD-PM. EXAME PSICOTÉCNICO. INAPTIDÃO DO CANDIDATO. PRETENSÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E PROSSEGUIMENTO NO CERTAME. DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSURGÊNCIA DO ESTADO. REVOGAÇÃO DA TUTELA. REQUISITOS DA VEROSSIMILHANÇA E DO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADOS PELO ESTADO. 1. **A pretensão do agravado de produzir prova pericial e de prosseguir no certame para o cargo de Sd-PM não merece acolhida, porquanto**

⁶⁹¹ JUSBRASIL - *Jurisprudência: TST – Recurso de revista: RR 4102001320085090594 410200-13.2008.5.09.0594.* [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24145503/recurso-de-revista-rr-4102001320085090594-410200-1320085090594-tst>.

⁶⁹² JUSBRASIL - *Jurisprudência: TRF-5 – Apelação Cível: AC 376546 PE 0002863-40.2004.4.05.8300.* [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8262296/apelacao-civel-ac-376546-pe-0002863-4020044058300>.

não demonstrada ilegalidade na aplicação do exame psicotécnico, o qual estava previsto no edital do certame e era de conhecimento prévio dos candidatos. Previsão de recurso administrativo contida no edital de abertura do certame que prestigiou o princípio da legalidade, ampla defesa e contraditório. Ademais, respeitados no caso concreto os princípios da publicidade e isonomia. 2. O Estado do Rio Grande do Sul, de outra senda, demonstrou a presença da verossimilhança e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso fosse mantida a decisão recorrida. Decisão reformada. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO POR MAIORIA. (Agravado de Instrumento Nº 70054573282, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 27/3/2014) (TJ-RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Data de Julgamento: 27/3/2014, Terceira Câmara Cível).

Como exemplo de jurisprudência mais próximo ao tema em tela, que destaca na relação empregador e empregado a situação de não contratação por efeito discriminatório calcado em informações pessoais que indiquem possibilidade de futura doença, ambientação de exame médico em que o teste de sequenciamento genético seria extremamente útil, constata-se o seguinte:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. CANDIDATO COM ÍNDICE DE GLICOSE SUPERIOR AO VALOR DE REFERÊNCIA. **MERA POSSIBILIDADE DE DESENVOLVIMENTO FUTURO DE DIABETES "MELLITUS" OU DOENÇA CARDIOVASCULAR.** POSSÍVEL DESENVOLVIMENTO FUTURO DE PATOLOGIA NÃO PODE CONSTITUIR FUNDAMENTO PARA EXCLUSÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE EXAME MÉDICO ADMISSIONAL QUE NÃO CONSTATA DOENÇA ATUAL. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. 1 - As regras de regência de concurso público não podem conter previsões para o futuro que digam respeito a possíveis complicações decorrentes do modo de vida ou da atividade laboral do empregado, se a situação é futura e incerta, pois impõem condição para o ingresso no certame que desiguale os concorrentes em função de um evento futuro e incerto sujeito a uma variedade de situações hipotéticas, questão que desborda do âmbito objetivo que deve reger o certame. 2 - A contratação de servidor para a Polícia Federal requer a realização prévia de exames médicos que tem por objetivo constatar a existência de patologias que inviabilizem o exercício da atividade pretendida, nelas não se enquadrando a hipótese de candidato com índice de glicemia superior ao valor de referência, ao fundamento de que futuramente possa desenvolver diabetes "mellitus" ou doença coronariana, porque a própria literatura médica prevê que mudanças no estilo de vida, na dieta e exercícios físicos são componentes cientificamente eficazes na redução das taxas de glicemia, quando as alterações não ocasionaram danos irreversíveis. 3 - Não é justificável impedir a contratação de candidato saudável aprovado em concurso público em razão da possibilidade de em algum tempo vir a desenvolver patologia crônica que pode ser controlada por medicamentosamente ou evoluir e inviabilizar a prestação do serviço para o qual atualmente o mesmo apresenta-se apto. 4 - Em razão da impossibilidade do candidato optar por concorrer como deficiente físico, não há justificativa para impedir seu prosseguimento no concurso ao fundamento de que no futuro poderá desenvolver uma doença em razão do nível de glicose que apresentou no exame realizado para apresentação à junta médica do concurso, sendo, por consequência, impedido de prosseguir no certame ao argumento de que poderá se tornar inapto para o exercício do cargo em caso de desenvolvimento de diabetes "mellitus", sem que exista qualquer prognóstico seguro sobre a certeza da ocorrência de tal situação, pois os médicos apenas retratam tal situação como hipótese. 5 - Exclusão do candidato do concurso que se afigura ilegal e abusiva, eis que condicionada a evento incerto e sem qualquer data determinada. 6 - Redução do valor da condenação em honorários para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a

ser suportado igualmente pelas rés. 7 - Apelação da Fundação Universidade de Brasília parcialmente provida. 8 - Apelação da União parcialmente provida. 9 - Remessa oficial prejudicada. (TRF-1 - AC: 15523 DF 0015523-62.2006.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 4/7/2012, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p. 936 de 13/7/2012) (Grifo do autor)⁶⁹³”.

Vale aqui a ressalva da existência da pulverização em diferentes direções acerca da caracterização de atitude de discriminação do empregado, isso devido ao ambiente jurídico brasileiro não se mostrar incisivo em determinados assuntos pertinentes, não havendo especificações sobre a conduta mínima de exigências em processo de seleção de emprego, assim como sobre critérios eliminatórios vinculados à condição biológica do candidato.

O fato de o empregador eleger meios e critérios de processo de seleção de emprego sem ainda possuir vínculo empregatício faz com que haja total liberdade em sua atuação, estabelecendo ambiente nebuloso judicialmente para a avaliação de sua conduta, o que abre espaço a poucas contestações das ações de cunho discriminatório de candidato.

Portanto, na jurisprudência brasileira encontram-se poucos litígios acerca de conduta discriminatória do empregador em processo seletivo de contratação de empregado, em especial por resultado de exame médico, sendo a maioria ações judiciais contra empregador público, governos municipais, estaduais e federal. Sobretudo, não há ainda litígios diretos acerca da discriminação advinda de processo de seleção de candidato a emprego com uso de teste de sequenciamento genético.

7.3 ANÁLISE DO CAPÍTULO

O capítulo abordou momentos pertinentes à jurisprudência relativa à discriminação do empregado em ambiente de seleção de emprego. Apresentaram-se casos e situações da jurisprudência, portuguesa e brasileira, a indicar a existência da posição superior do empregador em fazer suas escolhas nas seleções de candidatos, incluindo momentos discriminatórios.

No entanto, cabe a ressalva de que o uso do exame de sequenciamento genético em ambiente empregatício ainda é novidade no âmbito legislativo, seja no Brasil, seja em Portugal. Dessa forma, o material apresentado buscou enfocar eventos próximos à questão do contexto de discriminação genética em ambiente laboral, quando da ocorrência de situações discriminatórias.

⁶⁹³ JUSBRASIL - *Jurisprudência: TRF-1 – Apelação cível: AC 15523 DF 0015523-62.2006.4.01.3400*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22147199/apelacao-civel-ac-15523-df-0015523-6220064013400-trf1>.

8. NOVO PARADIGMA JURÍDICO NA INTERPRETAÇÃO DOS DADOS GENÉTICOS: CONCEPÇÃO DO DIALÓGO DAS FONTES E O DIREITO COMPARADO PORTUGUÊS COMO FONTE FORMAL DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO.

O presente capítulo do estudo oferece apreciações acerca da teoria jurídica, abrangendo a integração de lacuna no Direito, a Teoria do Diálogo das Fontes e o Direito Comparado. Dessa maneira, oferece subsídios doutrinários para o entendimento de um possível caminho jurídico de integração de lacuna, que, no caso, trata-se do ajuste legal do uso das informações genéticas do trabalhador brasileiro, sobretudo quanto ao momento de contratação para se aplicar legislação vigente no ordenamento Português.

8.1 INTEGRAÇÃO DE LACUNA NO DIREITO

A doutrina de Ernst Zitelmann, jurista alemão do século XIX, iluminou o pensamento jurídico para criar atenção e entendimento acerca da lacuna jurídica, que passou a ser compreendida como uma omissão da lei numa determinada temática. O jurista provou a ocorrência de lacunas na legislação, todavia, indicou que as mesmas não deveriam existir no Direito, aconselhando a procura por meios técnicos da integração das lacunas.⁶⁹⁴

“[...] devemos lembrar que um momento fundamental na história da interpretação do Direito, na Alemanha, segundo as novas tendências, foi a obra de Zitelmann, intitulada ‘As Lacunas no Direito’. Esse trabalho de extraordinária penetração científica firmou uma tese expressamente consagrada no Direito positivo brasileiro, de que não existe plenitude na legislação positiva, visto como, por mais que o legislador se esforce para sua perfeição, há sempre um resto sem lei que o discipline”⁶⁹⁵.

Por certo, no curso da História outras doutrinas dedicaram-se a explicar acerca das lacunas e das formas para solucioná-las, dentre as quais destacam-se: Eugen Ehrlich com a corrente hermenêutica com compreensão sociológica, teorizando a "Livre Indagação do Direito"; Rudolf Stammle com a exigência de um Direito justo por meio da atividade criadora do interprete; Hermann Kantorowicz explorando "A Luta pela Ciência do Direito", cabendo ao juiz exercer um Direito Justo.⁶⁹⁶

“Não se poderá dizer que o assunto já esteja superado: uns sustentam ainda hoje que a lei é lei e deve ser interpretada na sua força lógica, ao passo que outros pretendem

⁶⁹⁴ REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶⁹⁵ *Idem*, p.269.

⁶⁹⁶ *Idem*.

transformar a lei em meras balizas na marcha da liberdade do intérprete”⁶⁹⁷. Porém, não há como se negar o pequeno domínio do juiz enquanto legislador, visto que sua atuação em lide de lacuna no presente pode influenciar casos futuros, há assim o arbítrio do interprete.

“A lei é apenas instrumento de revelação do Direito, o mais técnico, o mais alto, mas apenas um instrumento de trabalho e assim mesmo imperfeito, porquanto não prevê tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico”⁶⁹⁸. A dinâmica do sistema normativo da sociedade contemporânea brasileira não tem a mesma versatilidade de suas transformações comportamentais. Sobretudo, quanto ao âmbito da ciência genética, onde lacunas no ordenamento jurídico são aferidas, havendo condutas sem a devida qualificação. Um exemplo é a incompletude jurídica quanto ao uso da divulgação para o empregador dos dados genéticos do trabalhador brasileiro, pois não existe definição ou sua descrição legal acerca do assunto. Tratando-se de uma lacuna tida como posterior, já que apareceu com o decorrer do tempo, devido a modificação e a criação de uma situação de fato, alterando assim um sistema de valores pertinentes. Para Pondé⁶⁹⁹ “a relação entre a violência genômica legítima e o mercado de trabalho é algo já bastante evidenciado. A tendência deverá ser a assimilação progressiva dessa forma sofisticada de violência adaptativa aos processos já em curso de identificação de recursos humanos”. Já Martins contextualiza aprofunda ainda mais a questão:

“A ‘promoção de igualdade de oportunidades face ao emprego e a integração econômica e social dos grupos desfavorecidos’ é, na sociedade contemporânea, uma fórmula proclamada de *ad nauseam*. A livre iniciativa privada é também um princípio civilizatório adquirido. A realização de testes genéticos no espaço jus-laboral terá *hoc sensu* de ser analisada à luz do duplo quadro vetorial. Direito aos cidadãos à igualdade e autonomia privada não estão porém neste *campus* em situação de colisão absoluta. Entidade patronal e trabalhador podem manifestar interesse na análise do genoma humano, tendo em vista diagnóstico do mapa genético do trabalhador que possibilite a aplicação de medidas terapêuticas e doenças hereditariamente aplicáveis (ou mesmo existentes). O interesse da classe patronal coloca-se, no entanto, a vários níveis, em diferentes estágios. Numa fase produtiva, de seleção e contratação de pessoal, o interesse do empregador é contratar os candidatos que mostrem maior aptidão (física e/ou intelectual) para a função a exercer. Neste sentido, os testes genéticos funcionarão como processo de triagem destinado ao apuramento dos candidatos com melhor saúde: será quem apresentar menores índices de condicionamento genético e/ou quem demonstrar menos sensibilidade a determinados produtos (sobretudo químicos) que celebrará contrato de trabalho. Num estágio ulterior, no decurso do vínculo contratual, em situação de despedimento coletivo eminente, o despistagem genética afigurar-se-á um meio de alcance do empregador para que este saiba quem não despedir [...]”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ *Idem*, p.270.

⁶⁹⁸ *Idem*, p.271.

⁶⁹⁹ PONDÉ, L.F. Cultura genética: vertigem ontológica e dissolução do conceito de "natureza". *São Paulo Perspec*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 68-77, July 2000, p.74-75

⁷⁰⁰ MARTINS, J. N. Z. *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?* Oeiras: Celta Editora, 2002, p.16-17.

Certamente, a legislação brasileira necessita suprir, ou mesmo, assimilar tal lacuna legal descrita no âmbito jus-laboral. Tratar-se-ia de uma tentativa para flexibilizar a estrutura normativa, legitimando o reconhecimento da violência do capital sobre o trabalho, quando da alocação dos recursos humanos. Um movimento em prol do ajuste e assimilação da proteção do trabalhador na conjuntura do uso da ciência genômica no ambiente laboral, evitando tendência a violação dos direitos de personalidade e intimidade, assim como qualquer atitude de discriminação.⁷⁰¹

As transformações comportamentais da sociedade atual, abrangentes e velozes, são resultados das transformações tecnológicas e científicas do final do século XX e início do século XXI, inserindo-se nesse contexto a vertente genômica. Tal fato, fez surgir o problema como a incompletude jurídica descrita, isso em meio ao entendimento de que o sistema jurídico deveria ser completo, sem qualquer lacuna. Porque, “expressa uma falta, uma insuficiência que não devia ocorrer, dentro de um limite”⁷⁰². Existe, portanto, uma carência de previsão legal, onde um comportamento não é definido como proibido ou obrigatório, o que faz com que se tenha dúvida sobre sua autorização de uso⁷⁰³. Cria-se, assim, a indagação: como solucionar o problema dessa lacuna existente?

Para Reale⁷⁰⁴ deve-se preencher os vazios das lacunas, “a fim de que se possa dar sempre uma resposta jurídica, favorável ou contrária, a quem se encontre ao desamparo da lei expressa. Esse processo de preenchimento das lacunas chama-se integração do direito”. Uma solução descrita também por Diniz, trata-se da integração legal do problema, sendo:

“A constatação de uma lacuna resulta de um juízo de apreciação, porém, o ponto decisivo não é a concepção que o magistrado tem da norma de direito, nem tampouco sua *Weltanschauung* do conteúdo objetivo da ordem jurídica, mas o processo metodológico por ele empregado. E o problema do preenchimento assume um aspecto pragmático, pois a questão é a da legitimidade, determinação e natureza metodológica do emprego dos instrumentos integradores pelo órgão judicante”⁷⁰⁵.

Dessa maneira, pode-se eleger uma integração legalista da lacuna, estabelecendo, para tanto, abordagens dos tipos: Analogia, Costume, Princípios Gerais do Direito e/ou Equidades.^{706 707}

⁷⁰¹ *Idem.*

⁷⁰² FERRAZ JUNIOR, T.C. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.220.

⁷⁰³ DINIZ, M.H. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁷⁰⁴ REALE, *Op Cit.*, 2002, p. 277.

⁷⁰⁵ DINIZ, *Op Cit.*, 1988, p.407.

⁷⁰⁶ *Idem.*

⁷⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit.*, 2015.

“Em conclusão, valendo-se das técnicas apuradas da interpretação extensiva e da analogia, e dos recursos mais sutis que são os princípios gerais e a equidade, o operador do Direito, quando forrado de conhecimentos adequados e animado de consciência ética, surge como um dos mentores da convivência social, pois, temos dito e repetido, o Direito não é mero reflexo das relações sociais. O Direito, como experiência, deve ser pleno, e muitos são os processos através dos quais o juiz ou o administrador realizam a integração da lei para atingir a plenitude da vida⁷⁰⁸”.

No caso, a Analogia trata-se de uma contemplação de problema não especificado em norma jurídica, adotando, para isso, uma comparação lógica para juízo avaliativo, transferindo valores de uma estrutura normativa para outra sem ordem definida.

“Para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências.[...] é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não-regulamentado tenham em comum a *ratio legis*⁷⁰⁹”.

O Costume trata-se de uma fonte supletiva, recorrida quando todas as possibilidades legais se encontram esgotadas, advinda abaixo da lei por meio da prática dos interessados, dos tribunais e dos jurisconsultos. “Baseia-se, nesses termos na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de algo que deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi”⁷¹⁰. O Costume pode ser considerado como uma fonte subsidiária da lei, portanto, seu uso seria um modo de heterointegração.⁷¹¹

Os Princípios Gerais do Direto são eleitos quando não há preenchimento da lacuna pela analogia ou pelo costume, tratam-se de cânones não ditados e não explícitos na norma, mas contidos na mesma, posto serem fundamentos do ordenamento jurídico, sendo normas de valor genérico.^{712 713}

“Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como organismo lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isso se evita que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante⁷¹⁴”.

Ainda, os Princípios Gerais do Direto são valores intangíveis do ser humano, porém, perceptíveis numa avaliação de conduta. Sendo a interpretação da palavra princípio:

⁷⁰⁸ REALE, *Op Cit.*, 2002, p. 281.

⁷⁰⁹ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. Ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 153-154.

⁷¹⁰ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit.*, 2015, p.241.

⁷¹¹ *Idem*, p.242-243.

⁷¹² DINIZ, *Op Cit.*, 1988.

⁷¹³ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit.*, 2015.

⁷¹⁴ DINIZ, *Op Cit.*, 1988, p.419.

“É claro que estamos cuidando da palavra "princípio" apenas em seu significado lógico, sem nos referirmos à acepção ética desse termo, tal como se dá quando demonstramos respeito pelos "homens de princípios", fiéis, na vida prática, às suas convicções de ordem moral. Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são "verdades fundantes" de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*⁷¹⁵”.

Tais princípios fazem parte da Teoria Geral do Direito, intuindo o ordenamento jurídico, como fundamentos à legislação, quanto aos quesitos: de autonomia, de liberdade, de boa-fé, de igualdade, condenação da onerosidade excessiva, numa manutenção das responsabilidades civil e penal. Isso, justo ao entendimento de que a Teoria Geral do Direito é a fronteira entre a filosofia jurídica e a ciência do Direito, uma teoria positiva, que permite a generalização conceitual, possuindo noções comuns a todas as ordens jurídico-positivas, posto permitir o estudo das condições de um fenômeno jurídico, independentemente do tempo e lugar. Dessa forma a Teoria Geral do Direito permite a fixação de noções jurídicas mais gerais, constituindo-se um denominador comum para se estudar as ramificações temáticas do Direito.⁷¹⁶

Em síntese, os Princípios Gerais do Direito tratam-se embasamentos jurídicos em prol da coerência na aplicação da justiça, primando pela retidão, liberdade, igualdade, dignidade humana, democracia, entre outros. Tratando-se de parte integrante da Teoria Geral do Direito, fundamentada no estudo filosófico das fontes, das normas e demais informações pertinentes a aplicação da justiça.⁷¹⁷

Já no caso da Equidade, pode ocorrer por meio da constatação no próprio ordenamento jurídico de semelhança entre fatos diferentes, permitindo juízo de valor de que a semelhança se sobreponha às diferenças. A flexibilidade da lei trata-se do pressuposto da Equidade legal ou judicial, propiciando função integrativa e assessorando a decisão do juiz.

“A equidade confere, pode-se assim dizer, um poder discricionário ao magistrado, mas não uma arbitrariedade. É uma autorização de apreciar, segundo a lógica razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para caso concreto ou singular, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, valorativos e fáticos⁷¹⁸”.

⁷¹⁵ REALE, *Idem*, p. 285.

⁷¹⁶ DINIZ, *Op Cit.*, 1988.

⁷¹⁷ REALE, *Op Cit.*, 2002.

⁷¹⁸ DINIZ, *Op Cit.*, 1988, p.419.

Mesmo reconhecida como *communi sensu* entre os teóricos^{719 720}, enquanto forma para integração de lacuna no direito, a Equidade não está esmiuçada como tanto no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, atenta-se para hipótese de uso da mesma a lei 13.105 de 2015, que estabelece o Código de Processo Civil, sendo que em seu artigo 140 dita: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”⁷²¹. Todavia, o Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, que estabelece a Introdução ao Código Civil, revisada em 2010, em seu artigo 4, não menciona a Equidade, mas se dedica às omissões legais: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁷²² Porém, seu artigo 5 implanta a intenção de decisões calcadas na Equidade, intuindo a busca pelo bem comum e benefícios sociais, ditando: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁷²³.

Assim sendo, há uma condução legal para o magistrado buscar decisões calcadas na Equidade, justamente, por visar o bem comum e fins sociais, tornando a Equidade parâmetro viável para obtenção de decisão razoável.⁷²⁴

Logo, pela ordem jurídica, quando não existir possibilidade de uso da Analogia, do Costume e dos Princípios Gerais do Direito para suprir omissão da lei, vale-se o uso da Equidade. Onde, suprir uma lacuna legal está intimamente relacionada ao uso da prudência em prol de uma atualização normativa maleável, que seja razoável e equânime.⁷²⁵ O artigo 5º do Código Civil permite a correção da inadequação da norma ao caso concreto, tal como uma válvula de segurança, possibilitando a aproximação legal de casos não respaldados no ordenamento jurídico.⁷²⁶

Certamente, não há como dissertar sobre Equidade na integração da lacuna jurídica sem mencionar a filosofia de Aristóteles, sobretudo, acerca do significado da equidade e da justiça. Principalmente, quando o filósofo ressalta que justiça se trata de uma régua rígida e a equidade uma régua maleável. Seu pensamento destaca a equidade como forma para

⁷¹⁹ *Idem.*

⁷²⁰ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit.*, 2015.

⁷²¹ BRASIL. Decreto-lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil, *Diário Oficial da União*, 17/03/2015. [01 março 2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

⁷²² BRASIL. Decreto-Lei 4657 DE 1942. Lei de Introdução ao Código Civil, *Diário Oficial da União*, 09/09/1942. [01 MARÇO 2018] DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL4657.HTM

⁷²³ *Idem.*

⁷²⁴ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit.*, 2015.

⁷²⁵ *Idem.*

⁷²⁶ DINIZ, *Op Cit.*, 1988.

adaptação da mensuração de irregularidades profundas num campo a ser medido. Ora, sendo a régua a regra, reverberando o pensamento para o direito, sem destruir regra pode-se adaptá-la em situações não previstas no ordenamento jurídico, medindo ou aproximando igualdade de casos reais, suprimindo inexistência de leis.

“Por isso o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça (justiça legal), embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos”⁷²⁷.

Por conseguinte, o uso da Equidade na integração de uma lacuna, condiz com a própria finalidade de exercer justiça junto à sistema legal.⁷²⁸ Onde, “[...] certas formas de excelência são intelectuais e outras são morais (a sabedoria, a inteligência e o discernimento são intelectuais, e a liberalidade e a moderação, por exemplo, são formas de excelência moral)”⁷²⁹. Portanto, ao se fazer uso da equidade, com base nos pensamentos aristotélicos, deve-se entender ambas as formas de excelência para atingir a equidade junto à justiça. Tratando em mesma importância a equidade e a justiça, enfatizando até mais a equidade, posto que: “O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal”.⁷³⁰

Dessa maneira, a equidade em sentido filosófico, seria uma ideia amparada na virtude, conferindo ao legislador a aplicação da justiça num caso concreto e oferecendo amparo jurídico para se evitar controvérsias, relacionando-se ao direito *common law*.⁷³¹

Percebe-se, assim, que a equidade integrativa se trata de uma adaptação legal e não uma regra de exceção. Tal entendimento fortalece a essência da equidade, concebida como uma conceituação verdadeira, mas fundamentalmente aberta e imprecisa para manutenção de sua maleabilidade, ou sua flexibilidade. Todavia, adota-se a equidade “[...] senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva

⁷²⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Edipro, 1996.

⁷²⁸ FRANÇA, R.L. *Hermenêutica Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: ed. Saraiva. 1988.p.71

⁷²⁹ ARISTÓTELES. *Op Cit.*, 1996. p.135.

⁷³⁰ *Idem*, p.212.

⁷³¹ TEIXEIRA, A.V. A Equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. *Revista Espaço Acadêmico*, ano XI, n.128, p.88-92, janeiro/2012.

clara e prevista”⁷³². Logo, a Equidade integrativa se faz presente, e necessária, numa sociedade em constante mudança comportamental, que precisa fazer justiça para casos singulares, ainda sem amparo na conjuntura normativa.

A função integradora da Equidade, portanto, permite preencher uma lacuna na lei, sem necessariamente criar uma lei, visto ser uma via assessora de enfrentamento de caso singular, auxiliando o juiz na formulação de sua conclusão. Em síntese, a Equidade integrativa trata-se de um meio de preservação da justiça junto à sociedade, preservando o bem comum. Uma orientação para solução de caso singular com ideia de preservação e manutenção de justiça, por meio do equilíbrio legal.⁷³³

Mesmo em meados do século passado, o entendimento de Equidade como integração de omissão legal era visto como ferramenta jurídica assessora no Brasil. Tanto, que Sousa⁷³⁴ aponta parecer de 1949 do Supremo Tribunal Justiça (atualmente Supremo Tribunal Federal - STF) como fonte de entendimento. O parecer explica que caso haja uma lacuna jurídica, sem condição de quaisquer possibilidades de analogia, deve-se buscar soluções de outras formas, sendo que:

“[...] é preciso procurar as soluções em regiões ainda mais altas e cuja designação varia: o direito natural, a unidade orgânica do direito, a natureza das coisas, os princípios gerais de direito, tudo sem esquecer o fim social das leis e das instituições. O primeiro dever do juiz continua a ser a fidelidade à lei. Mas na interpretação desta, seria erro maior olvidar que o direito é uma expressão de justiça, eliminar dentre os dados da interpretação a idéia de causa final, o elemento teleológico. Não se pode ver num código um todo que se basta a si mesmo, uma construção abstrata que nada recebe da vida exterior”⁷³⁵.

Complementa Reale⁷³⁶ de forma sintética o valor do uso da Equidade, enquanto mecanismo para integração de lacuna, “[...] quando há efetivamente lacuna no sistema, e dada a natureza do caso, impõe-se que a sua integração se faça por equidade: a equidade, nessa circunstância, dá origem ao "direito do caso particular", preenchendo a lacuna. [...] quando a considera instrumento de "heterointegração" ("eterointegrazione") preenchendo os vazios do ordenamento jurídico”.

Devido as necessidades contemporâneas de amparo normativo de lacunas, pode-se entender o uso da Equidade enquanto fator de integração, tratando-se de uma harmonização de circunstâncias ao caso legal em pauta. A equidade na forma de integração pode ser tida como recurso jurídico de igualdade proporcional, quando:

⁷³² MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.142.

⁷³³ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Direito do Consumidor*. 3 Ed. São Paulo: Atlas. 2011.

⁷³⁴ SOUSA, R.G. *Compêndio de Legislação Tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1954.

⁷³⁵ *Idem*, p.46.

⁷³⁶ REALE, M. *Op Cit*, 1974, p.12-13.

“[...] os casos concretos que dão lugar a uma aplicação equitativa são os que resultam da excessiva generalidade da lei, que não pode prever todas as circunstâncias da realidade; os que advêm do fato da norma não prever todas as circunstâncias da realidade; os que advêm do fato da norma não prever nenhuma circunstância da realidade são os casos omissos ou singulares e provenientes da inadequação total ou parcial dos dispositivos legais às suas próprias circunstâncias”⁷³⁷.

No esteio temático trabalhista, intenção do presente estudo, pode-se entender a Equidade por meio da explanação de Reale⁷³⁸:

“O que ocorreu foi um retorno ao conceito de equidade dos romanos, sendo certo que, em diversos países, muitas normas do Direito do Trabalho foram de "criação pretoriana", ou seja, o resultado do poder plasmador do juiz, adequando as regras, por demais abstratas do Direito comum, à concreção própria das relações de trabalho, sobretudo quando veio a prevalecer a consciência ético-social da garantia devida aos mais fracos, no desenrolar do fato econômico. Nesse processo de instauração de um Direito novo, que assinala um dos momentos cruciais do impacto tecnológico sobre as estruturas sociais de nosso tempo, a equidade, ainda quando não invocada ou trazida à plena consciência do legislador e do juiz, operava em dois sentidos: como valor ou critério inspirador de adequação da regra jûris à especificação dos casos particulares, e como instrumento de instauração de novas normas mais adequadas às situações emergentes do progresso industrial. Atuava, em suma, desde logo, no plano operacional da hermenêutica, e, quase que concomitantemente, na esfera da formulação normativa”.

Em tal conjuntura, focando na integração de lacuna, especialmente com amparo na Equidade, apresenta-se o artigo 8 do Decreto-lei 5.452 de 1943, que intitula a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), destacando:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, **por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado**, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público⁷³⁹”. (Grifo autor).

Inclusive, pode-se averiguar o uso do artigo 8 da CLT no exemplo de jurisprudência a seguir, quando se buscou no art. 29 do Código de Trabalho de Portugal uma definição para assédio moral, já que não existe o referido conceito na Consolidação das leis do Trabalho no Brasil:

“ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA DEVIDA. Sabemos que a prática de ação que resulte prejuízo a outrem enseja o dever de indenizar por danos materiais ou morais, de conformidade com a gravidade dos fatos e a intensidade dos danos causados à pessoa ou ao seu patrimônio, nos termos preconizados pela Constituição Federal (art. 5º, V e X). No que se refere, especificamente, ao assédio moral, segundo a psicanalista e

⁷³⁷ DINIZ, *Op Cit.*, 1988, p.427.

⁷³⁸ REALE, M. Doutrina: A equidade no Direito do Trabalho. *Comunicação ao Congresso*, v.69, n.1, p.9-17, 1974, p.10

⁷³⁹ BRASIL. Decreto-lei 5.452 de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 02/05/1943. [01 março 2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen, é "toda e qualquer conduta abusiva que se manifesta, sobretudo, por comportamentos, palavras, gestos, escritos que atentem, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando o clima de trabalho" (in Assédio moral - A violência perversa no cotidiano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17). Vale acrescentar a definição legal de assédio moral estampado no artigo 29 do Código do Trabalho de Portugal (Lei n. 7/2009), fonte subsidiária do Direito do Trabalho pátrio (Direito comparado - art. 8º da CLT), no sentido de que "entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador". Assim, é forçoso concluir que a empresa excedeu demasiadamente os estritos limites do poder diretivo (art. 2º da CLT c/c o art. 187 do CC). Recurso patronal improvido”⁷⁴⁰.

Afere-se que a Equidade faz parte da jurisprudência em meio ao uso dos Princípios Gerais do Direito e, ainda, com o devido amparo do Direito Comparado.

8.2 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Para melhor entender a Teoria do Diálogo das Fontes, faz-se mister compreender o pensamento sistêmico. Essencialmente, porque a Teoria do Diálogo das Fontes comunga com a visão sistêmica, a qual dita que a integração entre aspectos, pertencentes a um mesmo sistema com um problema, pode gerar a solução ao mesmo. Há semelhança entre o raciocínio lógico do pensamento sistêmico com o contido numa fórmula matemática, havendo uma relação sequenciada de elementos numa estrutura para que haja solução de um problema.⁷⁴¹

Numa analogia em ambientação trabalhista, como exemplo da visão sistêmica, destaca-se: um conjunto de trabalhadores (os elementos do sistema), distribuídos numa fábrica (o sistema) de maneira precária (o problema), oferecem opiniões para a solução do problema (o estudo do problema), fazendo com que os que sofrem diretamente com o impacto da disposição do ambiente criem a melhor organização para o mesmo (a solução do problema). Ou seja, o pensamento sistêmico é uma forma de captar aspectos da realidade inserida num sistema, onde primeiramente se faz um estudo (ou preparação), para depois solucionar o problema. Pode-se dizer que o pensamento sistêmico ocorre quando: fatores integrantes de um sistema o ajudam a se autorregular. Outrossim, no âmbito de um problema jurídico, a completude do aparelhamento legal, ou seja, junção de conjuntos normativos de

⁷⁴⁰ JUSBRASIL. *Jurisprudência*: TRT-2 - RO: 00023726120135020073 SP 00023726120135020073 A28, Relator: MARIA ISABEL CUEVA MORAES, Data de Julgamento: 12/05/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 22/05/2015 [2 março 2018] Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201975759/recurso-ordinario-ro-23726120135020073-sp-00023726120135020073-a28>

⁷⁴¹ MASLOW, A. H. *Motivation and personality*. New York: Harper & Row Publishers, 1970.

diferentes temas, permite maior acuidade para o estudo de um problema de valor legal, permitindo sua solução e, por conseguinte, o equilíbrio na aplicação da justiça, fazendo jus ao sistema jurídico.⁷⁴²

Um dos primeiros estudiosos a destacar o pensamento sistêmico, fora das áreas da biologia e da saúde, foi Deming, quando utilizou-o em sua participação no Plano Marshall - Plano implementado pelos Estados Unidos da América para reconstrução dos países aliados da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Já Maslow, foi um outro estudioso a dissertar sobre o pensamento sistêmico, adotando-o na psicologia, quando detalhou uma visão integrada do ser humano e da sociedade, sendo o alcance da sociedade saudável feito por meio do autoajuste de seus cidadãos, encorajando o máximo de relacionamentos saudáveis entre eles e o mínimo de relacionamentos destrutivos.^{743 744}

Feita a devida apreciação do pensamento sistêmico, pode-se incutir nela mais um estudioso, com doutrina que acabou resvalando na visão sistêmica, mesmo não sendo essa sua intenção direta de estudo acadêmico. Sendo ele, Erik Jayme, um jurista e professor de direito privado, direito internacional e Direito comparado da Universidade de Heldberg na Alemanha. O jurista apresentou ao direito internacional a Teoria do Diálogo das Fontes, na cidade de Haia, na Holanda, em 1995, destacando-a como um direito fundamental.⁷⁴⁵ Decerto, Erik Jayme trouxe para a seara jurídica o pensamento sistêmico. Isso porque, num sistema jurídico (o sistema), o a multiplicidade de temáticas dos conjuntos normativos (os elementos do sistema) pode contribuir para solucionar um caso (o problema), sendo a interação entre os diferentes conjuntos de temáticas normativas (estudo do problema) o caminho para resolução do caso (solução do problema). Portanto, afere-se um direcionamento lógico para contemplação da autorregulação, alcançando-se um autoajuste jurídico. Inclusive, tal autoajuste pode ser considerado uma autoconservação da própria aplicação da justiça, sendo uma necessidade de harmonização do ordenamento jurídico no mundo de hoje.^{746 747 748}

⁷⁴² DEMING, W. E. *Qualidade: a revolução da administração*. Rio de Janeiro: Editora Marques Saraiva, 1990.

⁷⁴³ *Idem*.

⁷⁴⁴ MASLOW, A. H., *Op Cit*, 1970.

⁷⁴⁵ JAYME, E. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Paris, tomo 251, 1995. [01 março de 2018]. Disponível em: http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*-ej.9789041102614.009_267

⁷⁴⁶ MARQUES, C.L. *Diálogo de fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁷⁴⁷ MASLOW, A. H., 1970.

⁷⁴⁸ DEMING, W. E. *Op Cit*, 1990.

⁷⁴⁹“[...] a doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que a exclusão [...]”⁷⁵⁰, ofertando maior clareza e coerência aos tramites judiciais. “O saber, a condição pós-moderna não é somente um instrumento de poder. Ele desenvolve, refina nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável, o inconciliável [...]”⁷⁵¹, suportando a incompatibilidade.

E como na contemporaneidade há uma multiplicidade de conjuntos temáticos de normas no ordenamento jurídico, se legisla ao mesmo tempo muitos temas, posto ser uma necessidade atual no âmbito jurídico, sobretudo, devido às transformações comportamentais da sociedade ao longo do tempo. Até mesmo, sendo tal multiplicidade de temáticas normativas uma necessidade para que haja a eficiência jurídica no país. Por exemplo, no Brasil, existem conjuntos normativos para o civil (Código Civil), o consumidor (Código de Defesa do Consumidor), o idoso (Estatuto do Idoso), o trabalhador (CLT), entre outros. Isso faz com que, às vezes, esses conjuntos de temáticas normativas sejam utilizados numa mesma pauta jurídica, criando um entrelaçado. Justamente, percebendo esse entrelaçado não como um conflito de normas, mas como uma junção em prol da produtividade jurídica dessas, Erik Jayme, estruturou a Teoria do Diálogo das Fontes.⁷⁵²

“Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito Intertemporal) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do “diálogo das fontes”, para a superação das eventuais antinomias [...]”⁷⁵³.

Sua percepção foi de que, em alguns casos, não se poderia aplicar apenas um tema de normatização, pois seria necessário a aplicação de alguns conjuntos de temas normativos ao mesmo tempo, porém, sem qualquer tumulto entre as importâncias na adoção deles. De certo, a ideia trata-se de eleger uma aplicação de temáticas normativas para uso em conjunto, numa orquestração jurídica coerente. Seria como se o ordenamento jurídico do país fosse um prédio,

⁷⁴⁹ CARDOSO, G. V. O direito Comparado na jurisdição constitucional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.6, n.2, p. 469-492, Jul-dez/2010.

⁷⁵⁰ MARQUES, C.L. *Manual de direito do consumidor*. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.13.

⁷⁵¹ JAYME, E. Visões para uma Teoria pós-moderna do Direito comparado, *Revista dos Tribunais*, v. 759, p.24-40, jan/1999, p.24.

⁷⁵² MARQUES, C.L. *Op Cit*, 2012.

⁷⁵³ MARQUES, C.L. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. p.15.

onde cada andar fosse composto por um conjunto de tema normativo, num modo em que a complementariedade entre os andares forma a estrutura do prédio.⁷⁵⁴ Ou seja, tal completude forma uma unidade mais forte e maior, onde “a aplicação dessa manifestação do diálogo das fontes pressupõe o reconhecimento de que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo unitário”⁷⁵⁵.

A conjuntura da Teoria do Diálogo das Fontes poderia ser entendida por meio “da construção de um direito coeso, sistêmico em que os seus ramos se comuniquem de maneira a garantir tanto a melhor solução para as lides quanto o melhor rito para alcançá-las”⁷⁵⁶.

Em síntese,

“Concebida pelo professor Erik Jaime, a Teoria do Diálogo das Fontes visa à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas incidentes no caso; fontes legislativas especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas tudo iluminado pelos valores constitucionais e pelos Direitos Fundamentais. Ao invés de as fontes formais de direito excluírem-se umas as outras pelos tradicionais critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia, trata-se de superar esse monólogo em favor de um novo paradigma hermenêutico de concertação, no qual as fontes formais de direito passam a um processo de coordenação. A proposta é a de uma autêntica interlocução entre as normas, daí a identificação desse método como Diálogo das Fontes. Da exclusão de determinada norma, evolui-se para harmonização entre as normas em cotejo com vistas à coerência e à funcionalidade do sistema jurídico”⁷⁵⁷.

A Teoria do Diálogo das Fontes, enquanto método de interpretação jurídica, foi difundida no Brasil pela professora Claudia Lima Marques, que teve como orientador de tese de doutorado na Universidade de Heldberg o próprio Erik Jayme. Sua apreciação acerca da Teoria do Diálogo das Fontes, enquanto método da Teoria Geral do Direito, apoia-se no entendimento de que se trata de uma evolução interpretativa na conjuntura do direito, superando a interpretação de rigidez na lida de conflito entre as normas. No entanto, há de se destacar que a professora ofereceu maior atenção em seu estudo aos tramites jurídicos envoltos na seara do Direito do Consumidor.⁷⁵⁸

Marques⁷⁵⁹ apresentou a Teoria do Diálogo das Fontes como um novo método da Teoria Geral do Direito, o qual constitui um desenvolvimento interpretativo superior à explanação enraizada em modelo hierárquico, estabelecida por fundamentos axiológicos.

⁷⁵⁴ *Idem*.

⁷⁵⁵ GAIA, F.S. A estabilidade provisória da gestante e o diálogo da coerência: uma compreensão fenomenológica, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 2, p. 497-516, 2017. p.505 [01 março 2018] Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/25518/pdf>>

⁷⁵⁶ COLNAGO, L.M.R.; CLAUS, B.S. (coords.). *A Teoria do diálogo das fontes no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p.7.

⁷⁵⁷ *Idem*, p.9.

⁷⁵⁸ MARQUES, *Op Cit*, 2012.

⁷⁵⁹ *Idem*.

Tendo-o como um sistema para superação de antinomias e de incompatibilidades, sendo um curso evolutivo para o então, rígido, método tradicional de solução de conflitos de lei. Isso porque, a Teoria do Diálogo das Fontes permite o abandono do padrão da contradição entre as normas em favor do arranjo entre as mesmas. Certamente, tais arranjos mitigam a contradição entre as normas, promovendo em meio a coerência à unidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, verifica-se que há flexibilidade implícita no novo método interpretativo, operando em favor do ordenamento jurídico.

Tratar-se-ia a Teoria do Diálogo das Fontes de um formato para o abandono do monismo, então uma visão formalística, rígida e incompatível com a adoção de padrões subjetivos no esteio judicial. Então, uma visão voltada para a não existências de lacunas no ordenamento. Tal qual como a limitação do positivismo clássico, calcado na ciência como método para validar às verdades, entendendo o Direito como um sistema fechado e autosuficiente. A Teoria do Diálogo das Fontes não emana anarquia, apenas compreende que existe uma necessidade de adaptação do direito positivo contemporâneo, justamente, para que haja sua funcionalidade enquanto forma de justiça.^{760 761} A Teoria do Diálogo das Fontes trata-se, portanto, coloca-se como uma forma “[...] para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro”.⁷⁶²

Deste modo, a Teoria do Diálogo das Fontes favorece a harmonização entre diferentes vertentes normativas do direito brasileiro, isso, sem abandonar a perspectiva humanista, para não ferir os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Brasileira. Além disso, entende-se que a Teoria do Diálogo das Fontes no ordenamento jurídico privado brasileiro, estreita-se com o Código Civil, pois carrega consigo os princípios das normas jurídicas, esmiuçando conceitos gerais e fundamentais, como a procura da boa-fé, o combate ao abuso, o combate a vantagem exagerada.⁷⁶³ Podendo o Código Civil trabalhar em conjunto com demais conjuntos temáticos normativos, como, por exemplo o CDC, Estatuto do Idoso, CLT, entre outros. Isso porque, o Código Civil provê diretrizes fundamentais, sendo: eticidade, socialidade e operabilidade. No entanto, é a da eticidade que incute as práticas de valores éticos na prática do direito, sobretudo, estabelecendo a interpretação da boa-fé, um

⁷⁶⁰ SANTOS, B.S. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da Experiência*. 4. Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002

⁷⁶¹ MARTINS, F.R. *Direito em diálogo de fontes*. São Paulo: D’Plácido, 2013.

⁷⁶² TARTUCE, F. *Manual de direito civil: volume único*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 66.

⁷⁶³ MARTINS, F.R. *Op Cit*, 2013.

juízo de valor. Sobretudo, porque, “toda norma ética expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibido”.⁷⁶⁴

Destaca-se, nessa seara, seus artigos 113, 187 e 422, estabelecendo uma possibilidade de maior poder ao juiz para alcançar a solução mais justa e equitativa.⁷⁶⁵

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”⁷⁶⁶.

Logo, a interpretação da boa-fé deve ser estabelecida por meio do diálogo entre as normas, almejando o bem-comum. De onde, se percebe que a palavra ‘diálogo’ é muito bem empregada enquanto nomeação da dita teoria, posto sua essência estar justamente nas influências recíprocas de normas distintas num mesmo caso. As leis dialogam entre si em busca de um bem-comum, a solução do caso, seja complementarmente ou subsidiariamente. Desta maneira, a Teoria do Diálogo das Fontes permite o potencial uso da fonte prevalecente, assim como permite adoção de uma das leis em conflito abstrato.⁷⁶⁷

“[...] Em tempos pós-modernos, o diálogo só se inicia na consciência das diferenças e de que a pluralidade de modelos é considerada um valor jurídico. Em outras palavras, diálogo significa duas lógicas (di-a-logos), é o contrário da mono-solução (monólogo) e se dá verdadeiramente quando é um “diálogo entre as diferenças”⁷⁶⁸.

Pode-se dizer, que na Teoria dos Diálogos das Fontes, existem três formas de diálogo:

“a) Em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC). b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementaridade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade). O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e ainda a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC. c) Os diálogos de influências recíprocas

⁷⁶⁴ REALE, M. *Op Cit*, 2002, p.33.

⁷⁶⁵ GONÇALVES, C.R. *Principais Inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo: Saraiva, 2002.

⁷⁶⁶ BRASIL. Lei 10.406 de 2002. Institui o Código Civil, *Diário Oficial da União*, 11/01/2002. [01 março 2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁷⁶⁷ COLNAGO; CLAUS, *Op Cit*, 2017.

⁷⁶⁸ MARQUES, C.L. *A Proteção da parte mais fraca em direito internacional privado e os esforços da cidip vii de proteção dos consumidores*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. [01 março 2018] Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Claudia_Lima_Marques.pdf

sistemáticas estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”⁷⁶⁹.

No caso da Justiça do Trabalho no Brasil, que tem a CLT como conjunto temático normativo (microssistema), a Teoria do Diálogo das Fontes não seria uma novidade em si, já que é usual nos processos trabalhistas a integração com outros microssistemas jurídicos. No entanto, pode-se entender que não havia ainda se estabelecido uma denominação para tal comportamento.^{770 771} Certamente o artigo 8 da CLT, já especificado no subitem anterior, destaca à possibilidade de uso da Teoria do Diálogo das Fontes, posto que:

A teoria do diálogo das fontes permite a compreensão do ordenamento jurídico de forma coordenada, com o objetivo de solucionar os eventuais conflitos de normas. No âmbito do direito material do trabalho, a CLT, no parágrafo único do artigo 8º, expressamente autoriza que o Direito Civil ou outras regras do direito comum funcionem como fontes supletivas e subsidiárias às normas trabalhistas, naquilo que não lhe forem incompatíveis com as suas regras e princípio”⁷⁷².

Também, são importantes os artigos 769 e 889 da CLT, abarcando a possibilidade do diálogo, sendo:

“Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. [...] Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução o são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”⁷⁷³.

Os artigos 8, 769 e 889 da CLT apresentam-se como instrumentos jurídicos de transporte junto aos demais conjuntos temáticos normativos (microssistemas), sobretudo o artigo 8. Seguramente, podem ser tidos como objetos para embasar diálogos normativos.

“A autorização hermenêutica apresentada abriu o caminho para que o intérprete autêntico venha a se utilizar de normas do próprio Direito Civil e de outros ramos do direito público e privado perante as lacunas existentes no sistema trabalhista. O espectro de compreensão das lacunas é abrangente e não se limita apenas às chamadas lacunas normativas, ou seja, aquelas em que inexistente norma jurídica apta a regular a situação jurídica posta, mas também situações de lacunas axiológicas e ontológicas, onde, respectivamente, existem normas jurídicas, mas estas geram soluções injustas quando aplicadas ao caso concreto, ou são desatualizadas”⁷⁷⁴.

⁷⁶⁹ MARQUES, *Op Cit*, 2012, p.91.

⁷⁷⁰ COLNAGO; CLAUS, *Op Cit*, 2017.

⁷⁷¹ MELLO FILHO, L.F.V. A teoria do diálogo das fontes e o direito processual do trabalho. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 11, p. 1301-1306, nov/2017.

⁷⁷² GAIA, F.S. *Op Cit*, 2017. p.505.

⁷⁷³ BRASIL. *Op Cit*, 1943.

⁷⁷⁴ GAIA, *Op Cit*, 2017, p.506.

Mesmo com o advento da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, não houve alteração nessa temática do Diálogo das Fontes, assim, desde a promulgação da CLT e, consequentemente, com as sucessivas reformas, o direito comparado, juntamente com outras figuras ou institutos clássicos, já analisados anteriormente, são fontes legítimas.⁷⁷⁵

Na jurisprudência brasileira, afere-se exemplos de reconhecimento e de adoção da Teoria do Diálogo das Fontes, a saber:

“ARTIGO 475-J DO CPC. OMISSÃO QUALITATIVA. Pela teoria do diálogo das fontes, pode-se aplicar ao Direito Processual do Trabalho a norma geral expressa no artigo 475-J do Código de Processo Civil, mais eficaz que a norma especial decorrente do artigo 880 da CLT. Trata-se aqui de omissão qualitativa do processo trabalhista (artigo 769 da CLT) em comparação ao processo civil, no sentido de assegurar "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal)”⁷⁷⁶.

“DESCONTOS NA REMUNERAÇÃO DO EMPREGADO. ILEGITIMIDADE. AUSÊNCIAS AO TRABALHO IMPOSTAS PELO RÉU. LIMITAÇÃO FUNCIONAL. DIREITO DO TRABALHO E DIREITO ADMINISTRATIVO: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA. ESTATUTO DO IDOSO. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. É poder-dever do empregador direcionar a prestação dos serviços e arcar com a remuneração concernente ao período em que esteja o empregado à disposição aguardando ordens ou as executando (arts. 2º e 4º, da CLT). A teoria do diálogo das fontes pressupõe que as normas envolvidas no contexto fático-jurídico incidam de forma harmônica e contextualizada, o que não ocorreu. Ilegítimo o desconto na remuneração do autor, afastado de suas atividades por imposição do empregador que se baseou em procedimento administrativo no qual verificada a limitação do trabalhador naquele momento, para o exercício das atividades de motorista, fixadas quando da admissão. Desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência da Administração Pública, diante da negativa de readaptação do empregado em outra função compatível com sua limitação, mesmo diante do interesse manifestado pelo trabalhador acerca do exercício de qualquer atividade junto ao réu. Estatuto do Idoso que estabelece ser obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, sendo vedada "qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão" ao idoso”⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Diálogo das Fontes e o Direito Comparado como Fonte Formal do Direito do Trabalho Brasileiro. 49-56. In. A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho. Org. CLAUS, Bem-Hur Silveira; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. 2ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2017.

⁷⁷⁶ JUSBRASIL. *Jurisprudência*: TRT-2 - TRT-4 - RO: 00011101520125040701 RS 0001110-15.2012.5.04.0701, Relator: ROBERTO ANTONIO CARVALHO ZONTA, 1ª Vara do Trabalho de Santa Maria, Data de Julgamento: 24/06/2014. [2 março 2018] Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129300409/recurso-ordinario-ro-11101520125040701-rs-0001110-1520125040701>

⁷⁷⁷ JUSBRASIL. *Jurisprudência*: TRT-4 - RO: 00212460620165040018, 2ª Turma, Data de Julgamento: 29/08/2017. [2 março 2018] Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/493825816/recurso-ordinario-ro-212460620165040018>

Averigua-se em ambas situações jurídicas o uso da Teoria do Diálogo das Fontes, o que imprime sua importância e sua valência de uso. Inclusive, percebe-se parcimônia em sua aceitação por parte do ente judiciário, fato que repercute a coerência no uso da Teoria do Diálogo das Fontes, tanto destacada pelos estudiosos: Marques⁷⁷⁸, Colnago e Claus⁷⁷⁹, Tartuce⁷⁸⁰ e Mello Filho⁷⁸¹. Ainda, percebe-se, por meio da jurisprudência, que a Teoria do Diálogo das Fontes é uma forma eficiente para superar conflitos em ambientação de antinomias e de incompatibilidades.

A Teoria do Diálogo das Fontes empreende a ideia de um neoconstitucionalismo como metodologia hermenêutica, ampliando a eficiência na aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, assessorando na superação da desigualdade econômica na relação entre o trabalhador e o contratante, permitindo o alcance da igualdade jurídica.⁷⁸² De certo, a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes trata-se de uma metodologia assessora para superação de lacunas legais na seara trabalhista, incluindo incompletude jurídica quanto ao uso da divulgação para o empregador dos dados genéticos do trabalhador brasileiro.

8.3 DIREITO COMPARADO

Para se explanar sobre o Direito Comparado é preciso contemplar novamente a ideia dos Princípios Gerais do Direito, dentre as noções de Teoria Geral do Direito, tidos como condições basilares no campo desse campo de saber. E os princípios, enquanto verdades fundantes dos pensamentos lógicos, podem ser caracterizados em três vertentes:

“a) princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente; b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito”⁷⁸³.

Dessa maneira, aprofundando os princípios monovalentes, encontramos nele o Direito positivo brasileiro, assim como as demais ordenações jurídicas de países com origem jurídica romanística. Sendo a verdade fundamental neste campo de saber admitida e comprovada, enquanto prática de caráter operacional, como, por exemplo, nos ditames dos

⁷⁷⁸ MARQUES, *Op Cit*, 2012.

⁷⁷⁹ COLNAGO; CLAUS, *Op Cit*, 2017.

⁷⁸⁰ TARTUCE, *Op Cit*, 2012.

⁷⁸¹ MELLO FILHO, *Op Cit*, 2017.

⁷⁸² MARQUES, *Op Cit*, 2012.

⁷⁸³ REALE, *Op Cit*, 2002, p. 285.

artigos: 4 do Decreto-Lei n. 4.657 de 1942 (Introdução ao Código Civil)⁷⁸⁴ e 8 do Decreto-lei 5.452 de 1943 (CLT)⁷⁸⁵.

Precisamente, os artigos oferecem diretrizes para o embasamento legal acerca da decisão do juiz, abarcando à integração de lacunas por meio da Analogia, dos Costumes, dos Princípios Gerais de Direito (artigo 4 da Lei nº 4.657/1942). Justamente, é nesta ambientação legal, que também se estabelece a possibilidade uso do Direito Comparado na seara do Direito do Trabalho (artigo 8 da Lei nº 5.452/1943). Diretrizes normativas fundamentais para o aprofundamento da temática do estudo, permeando demandas tanto de integração de lacuna no Direito como de adoção da Teoria do Diálogo das Fontes.^{786 787 788}

Percebe-se que o embasamento legal das normativas descritas, faz jus ao Direito contemporâneo, sobretudo, quando abre espaço para seleção do Direito Comparado, sustentando novos limites para composição jurídica através da Teoria do Diálogo das Fontes numa ambientação nacional, promovendo à apreciação equitativa.⁷⁸⁹

Em tal conjuntura, quando houver uma lacuna normativa, sua integração por meio de ordenamentos jurídicos de outros países pode ser um caminho para sua solução. No entanto, destaca-se, que para fazer uso de tal feito, deve-se eleger ordenamentos jurídicos com compatibilidade cultural e moral com o Brasil.⁷⁹⁰

No caso, os Princípios Gerais do Direito criam espaço para o emprego do Direito Comparado, assim como o emprego da Equidade. “À luz dessa premissa, se houver lacuna no Código Civil ou em nossos Códigos de Processo, deve o intérprete apoiar-se na solução dada por outras legislações que tenham conosco maior afinidade cultural e moral [...]”⁷⁹¹, porque, “[...] em última análise, os Princípios Gerais de Direito seriam os do Direito Comparado”.⁷⁹² Ainda, refletindo a possibilidade de harmonizar conjuntamente com a constatação de semelhança entre fatos, permitindo juízo de valor através da equidade.

O Direito Comparado pode ser entendido como uma manifestação da cultura universal, visto que corrobora com um intercâmbio do Direito entre nações.

⁷⁸⁴ BRASIL. DECRETO-LEI 4657 DE 1942. LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL, *DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO*, 09/09/1942. [01 MARÇO 2018] DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL4657.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DECRETO-LEI/DEL4657.HTM)

⁷⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei 5.452 de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 02/05/1943. [01 março 2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

⁷⁸⁶ BRASIL. *OP CIT.*, 1942.

⁷⁸⁷ BRASIL. *Op Cit.*, 1943.

⁷⁸⁸ MARTINS, *Op Cit.*, 2013.

⁷⁸⁹ *Idem.*

⁷⁹⁰ REALE, *Op Cit.*, 2002, p. 289.

⁷⁹¹ *Idem.*

⁷⁹² *Idem.*, p. 289.

“Sendo uma atividade de comparação, o Direito Comparado, é mais do que o estudo de vários Direitos, implica a justaposição dos resultados desse estudo e o registro das semelhanças e das diferenças (o que não obriga necessariamente a que nos estudos comparativos surja uma secção formalmente autônoma evidenciando tal registro, a comparação pode estar implícita no modo de descrição de vários Direitos); [...] A comparação de Direitos tanto pode partir das normas como das relações jurídicas; com efeito, a comparação só será útil se incidir sobre as realidades como algo em comum; [...]”⁷⁹³.

Um campo de estudo fecundo, o Direito Comparado é fonte de apoio ímpar na manutenção da justiça. Deste modo, a parcimônia não pode ser excluída quando houver seu uso, já que se deve prevenir equívocos relacionados as estruturas sociais, políticas e históricas. Não basta seguir o caminho de uma lei de outro país, posto ser preciso que as razões ideológicas de ambos países não sejam incoerentes entre si.⁷⁹⁴

“Podemos dizer que prevalece, dia a dia, em uníssono com a compreensão histórico-cultural da experiência jurídica, uma visão mais concreta do Direito Comparado, cada vez menos confundido com a Legislação Comparada. Parece-nos, todavia, que o simples fato de verificar-se uma semelhança substancial entre institutos ou modelos jurídicos formados em experiências jurídicas separadas umas das outras, no espaço e no tempo, exige uma sondagem nas "causas motivacionais" desse fenômeno que o Direito comparado nos revela”⁷⁹⁵.

Estudiosos como Konard Zweigert e Hein Kötz, explicam que no Direito Comparado há uma micro-comparação entre sistemas jurídicos de países distintos, implicando em possíveis resoluções de problemas nos institutos jurídicos, ou ainda, em seus conflitos de interesses internos.⁷⁹⁶

O Direito Comparado, por conseguinte, permite que se execute um estudo simultâneo e comparativo de temáticas diversas entre ordenamentos jurídicos de diferentes países. Abordagem que tem por mote buscar relações, diferenças e semelhanças nos diferentes ordenamentos jurídicos, aperfeiçoando assim o conhecimento jurídico. Sucessivamente, o aperfeiçoamento jurídico auxilia o jurista em sua tarefa, permitindo-lhe aferir relações, semelhanças e diferenças entre os diferentes ordenamentos jurídicos. O Direito Comparado tornou-se na seara jurídica um modo assessor poderoso para harmonização de leis, ou mesmo, para solução de conflitos jurídicos. Tornando-se um caminho jurídico supressor de colisões ou lacunas jurídicas.^{797 798}

⁷⁹³ PINTO, R.P. Uma introdução ao Direito Comparado. *O Direito*, v.138, n. IV, p.769-792, 2006. p. 771.

⁷⁹⁴ REALE, *Op Cit.*, 2002.

⁷⁹⁵ *Idem*, 2002, p.290.

⁷⁹⁶ PINTO, *Op Cit.*, 2006.

⁷⁹⁷ DINIZ, *Op Cit.*, 1988.

⁷⁹⁸ GUTTERIDGE, H.G. *Le Droit Compare*. Paris: LGDJ, 1953.

Há uma sinergia quando se adota o Direito Comparado, pois se permite a comparação jurídica entre diferentes povos, gerando maior compreensão entre os mesmos. Um fato que significa melhor avaliação jurídica interna para os mesmos, tratando-se de um relacionamento enriquecedor para todos os ordenamentos jurídicos. Pois que, permite uma melhor autoavaliação jurídica interna, emanando novos juízos acerca das normativas existentes e, também, das realidades de omissão normativa. Constrói-se elucubrações valorativas sobre a superioridade ou inferioridade de normas por meio do Direito Comparado, permitindo uma estruturação acurada do ordenamento normativo de um país, favorecendo-o na sua prática de justiça.⁷⁹⁹

Certamente, um fato assessor ao uso do Direito Comparado foi o processo de Globalização, que aferiu maior comunicabilidade tecnológica, sobretudo, via internet. Desde tal avanço tecnológico, ficou mais fácil à comparação entre os ordenamentos jurídicos. “No Brasil, o Direito Comparado, em sua acepção restrita de direito estrangeiro, sempre desempenhou um papel de relevo, seja na elaboração legislativa, seja na confecção das decisões judiciais. As fontes de inspiração provêm, de regra, de trabalhos doutrinários”⁸⁰⁰. A relação, proativa junto aos demais ordenamentos normativos internacionais, cria conduta para maximizar à justiça brasileira. Quando o Tribunal brasileiro promulga decisões por meio de interpretações no Direito Comparado, além de aquilatar seu próprio arcabouço normativo, também amplia o leque para prática do bem-comum.⁸⁰¹

Ao Direito Comparado cabe, portanto, o estabelecimento do papel da doutrina jurídica enquanto uma fonte de Direito. Sendo, para o Direito brasileiro, o Direito Comparado uma fonte informativa, que favorece sua atualização com relação ao comportamento jurídico estrangeiro, influenciando as decisões jurídicas internas, até como modo sistemático de autoajuste, ou mesmo, autoconservação do ordenamento jurídico interno.⁸⁰²

Logicamente, não se pode adotar o Direito Comparado enquanto fonte sem ter a devida parcimônia, elegendo, para tanto, posturas basilares de conduta:

- a) Adequação do conceito jurídico estrangeiro – ao importá-lo, rever seu posicionamento dogmático, fundamentando sua orientação pretoriana, assim como sua

⁷⁹⁹ TAVARES, A.L.L. O ensino do Direito Comparado no Brasil contemporâneo. *Anais... XVI Congresso da Académie Internationale de Droit Comparé*, realizado em Brisbane, de 14 a 20 de julho de 2002. [01 março 2018] Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/70876199/O-Ensino-Do-Direito-Comparado-No-Brasil-Contemporaneo>

⁸⁰⁰ *Idem*, p.82.

⁸⁰¹ *Idem*.

⁸⁰² VILLELA, A. M. O direito comparado como fonte do sistema jurídico brasileiro. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, p. 41-50, 1972. [01 março 2018] Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1972;1000354498>

conceituação jurídica, destacando seu valor de argumentação para incidência do empréstimo;

b) Retidão na interpretação do conceito jurídico estrangeiro – ao importá-lo, aferir conexão ou encadeamento com o ordenamento jurídico brasileiro;

c) Eleição de metodologia para comparação do conceito jurídico estrangeiro – ao importá-lo, por exemplo, pode-se adotar o método de comparação textual ou o método funcional, esse último mais indicado pela abrangência e rigor científico na comparação, pois, além dos ditames linguísticos, se fundamenta na estrutura e na função objetiva da boa-fé do instituto normativo internalizado;

d) Utilização eficiente do conceito jurídico estrangeiro - ao importá-lo, não ornamentá-lo para que o mesmo não caia em desmerecimento epistemológico, e para que isso não ocorra, deve-se adotar método criterioso na prática do estudo comparativo, alcançando uma conferição firmada na realidade.⁸⁰³

Tais condutas podem assessorar a construção do Direito Comparado num conflito jurídico interno, como a divulgação das informações genéticas do trabalhador, sendo esta uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, o intento do Direito Comparado pode ser o caminho na integração de tal lacuna.^{804 805}

Certamente, o uso do Direito Comparado não seria uma prática incomum, haja visto que o mesmo é utilizado em argumentações nos ditames jurídicos no Brasil. Decisões na jurisprudência interna não desconsideram o uso do Direito Comparado, pois o utilizam enquanto fonte de enriquecimento jurídico. Até mesmo, o STF mantém disponível na internet em seu sítio jurisprudências de ordenamentos estrangeiros devidamente traduzidas para o português, facilitando o acesso a tais informações. Ministros da Corte Suprema do Brasil adotam o Direito Comparado enquanto fonte qualificadora para as argumentações nos debates jurídicos.⁸⁰⁶

Nesse sentido, questiona-se como recorrer do Direito Comparado e qual sistema eleger a depender do sistema jurídico do país estrangeiro em análise, para tanto, Feliciano e Pasqueleto sugerem o seguinte:

⁸⁰³ RODRIGUES JÚNIOR, O.L. Direito Comparado: fonte estrangeira pode fundamentar decisão nacional? *Revista Consultor Jurídico*, 12 de dezembro de 2012. [01 março 2018] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-12/direito-comparado-recurso-estrangeiro-fundamentar-decisao-nacional>

⁸⁰⁴ *Idem*.

⁸⁰⁵ LIMA NETO, F.V. Inovações legislativas contra a discriminação genética: notícias sobre as experiências de Portugal, Estados Unidos e União Europeia. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v.35, p.33-43, 2010.

⁸⁰⁶ CARDOSO, *Op Cit.*, 2010.

Inserindo-se uma visão minimalista (a) sobre a utilização do Direito Comparado como fonte material do Direito, grande parte da doutrina juslaboralista sequer dá tratamento ao tema ou o faz de forma inadequada e insuficiente, ainda que haja disposição expressa e literal da CLT sobre a possibilidade de sua utilização. Há, ainda, quem indevidamente confunda com o Direito Internacional.⁸⁰⁷

Cabe esclarecer que diferente do Direito Internacional, no qual as normas internacionais podem adquirir força normativa, passando por procedimentos legislativos como ratificação, aprovação e promulgação, o Direito Comparado tem normatividade interna e subsidiária, conforme dicção do art. 8º da CLT, podendo ser utilizado apenas no caso de lacunas normativas.⁸⁰⁸

Especialmente, no viés de adoção do Direito Comparado, resvalam as situações pertinentes aos novos comportamentos da sociedade, especialmente às vinculadas ao uso de novas tecnologias científicas, vide o seguinte parecer do STF:

“DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do *habeas corpus* na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende – de resto, apenas para obter prova de reforço – submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.[HC 76.060, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 31-3-1998, 1ª T, DJ de 15-5-1998.]”⁸⁰⁹.

O Direito Comparado acaba habitualmente por acompanhar temas tidos como polêmicos, sendo o caso dos assuntos relacionados à ciência genética. Porém, mesmo não sendo recente o entendimento da ciência genética, que está avançando velozmente desde o Projeto Genoma Humano em meados do século XX, ainda há muito para se estabelecer quanto ao seu uso em âmbito jurídico. Vide o exemplo descrito do julgado no STF acima, datado de 1998.^{810 811}

Especialmente, atenta-se para a adequação jurídica no que diz respeito ao estreito informativo contido num mapeamento genéticos, ou seja, busca-se melhor conduta moral e

⁸⁰⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Diálogo das Fontes e o Direito Comparado como Fonte Formal do Direito do Trabalho Brasileiro. 49-56. In. A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho. Org. CLAUS, Bem-Hur Silveira; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. 2ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2017.

⁸⁰⁸ Ibidem.

⁸⁰⁹ STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo*: Controle de julgados. 31/03/1998. [01 março 2018] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=4&tipo=CJ&termo=educa%E7%E3o>

⁸¹⁰ Idem.

⁸¹¹ LIMA NETO, *Op Cit*, 2010.

ética possível no manuseio e na divulgação de tal tipo de informação. Uma adequação urgente em âmbito jurídico brasileiro, pois, atualmente, o procedimento de mapeamento genético é obtido com facilidade, modificando o comportamento da sociedade frente a obtenção de tais informações genéticas. Incluindo, ainda, foco nas informações da propriedade de informações genéticas do trabalhador, as quais podem gerar situação discriminatória em processo de contratação. Assim sendo, o Direito Comparado pode oferecer subsídio para conceituação de tratamento igualitário nessa conjuntura, enfrentando situação de descriminação quando um ser humano não possui informações genéticas tidas como ideais tanto pelo Estado como por grupos privados.⁸¹²

Desta forma, a adequação normativa, motivando à autoconservação do ordenamento jurídico, quanto as informações genéticas do trabalhador, pode ocorrer por meio do Direito Comparado, enquanto fonte qualificadora.⁸¹³

“Antagonicamente, exige-se que a Constituição de um país se valha concomitantemente de duas pretensões: de estabilidade e de dinamicidade. Entretanto, tal antagonismo dilui-se à medida que se percebe que ele é apenas aparente, porquanto é muito desejável que a Constituição, na sua condição de ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, ofereça-se tanto à rigidez naquilo que a estrutura – a fim de garantir já aqui a sua sobrevivência –, quanto à abertura ao futuro e às inevitáveis movimentações sociais, políticas e culturais – coroando o seu movimento de autoconservação. Nessa sua condição de ordem aberta é que assenta a noção da Constituição como ordem-quadro, de característica notadamente não exaustiva, desenvolvida mediante processo público em uma sociedade aberta e favorável ao pluralismo social, econômico e político, tendo diante de si – e com a tarefa de assimilá-los – os fenômenos organizativos supranacionais, bem como a própria globalização, econômica e jurídica, aos quais se acrescenta a pluralidade cultural interna”⁸¹⁴.

Para tanto, dentre os arcabouços jurídicos para comparação com o ordenamento jurídico brasileiro, elegeu-se aqui o ordenamento jurídico de Portugal, justamente porque ambos possuem proximidade social, política e histórica, havendo coerência para uma aproximação ideológica.^{815 816} Posto que não há como negar a relação histórico-cultural entre Brasil e Portugal, fator que ainda se apóia numa identificação de vínculos jurídicos, muitas vezes constatados na similaridade constitucional. Sobretudo, quanto a identificação nos processos de redemocratização nos dois países, 1976 e 1988, respectivamente.⁸¹⁷

“A influência do texto constituinte português de 1976 sobressai, sem dificuldades, a um simples exame do diploma brasileiro. Até o sistema de elaboração foi inspirado

⁸¹² *Idem.*

⁸¹³ *Idem.*

⁸¹⁴ CARDOSO, *Op Cit.*, 2010, p.479.

⁸¹⁵ REALE, *Op Cit.*, 2002.

⁸¹⁶ LIMA NETO, *Op Cit.*, 2010.

⁸¹⁷ TAVARES, A.L.L. Conexões entre o sistema constitucional português e o sistema constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 34, p. 81-96, 2010.

nas etapas portuguesa. A extensão das matérias importadas impressiona a começar pelos princípios fundamentais e pela caracterização do Estado: na Constituição brasileira, tem-se a caracterização do Estado como Estado Democrático de Direito. No texto português vê-se Estado de Direito Democrático”⁸¹⁸.

Afere-se uma distinção de fundamento constitucional meramente formalística, portanto, não o sendo em âmbito de conteúdo, havendo proximidade entre as estruturas dos direitos fundamentais, individuais e coletivos. Logo, o efeito de comparação dos sistemas normativos brasileiro e português pode ser eficaz para ambos os lados. Para Tavares⁸¹⁹, é “desnecessário acentuar, a final, que não apenas o legado do Direito português integra a identidade do Direito brasileiro, mas que a interação entre eles deve ser mantida e estimulada”. Claro, avaliar-se a importância da influência constitucional portuguesa junto ao ordenamento constitucional brasileiro, porém, sem se esquivar do entendimento das influências das Constituições da Espanha (1978), além de matérias dos Direitos italiano e alemão. Logo, apesar de sua importância, salienta-se que o Direito português não foi único a influenciar o ordenamento jurídico brasileiro.⁸²⁰

Destaca-se que alguns autores utilizam critérios para melhor aperfeiçoar as condições de estudo do Direito Comparado, quais sejam:

a) Compatibilidade normativo-ideológica, que indica a não possibilidade de se preencher lacunas através de normas fundadas em princípios e valores contrários aos princípios e valores do Direito receptor;

b) Proximidade cultural e linguística, para facilitar que os costumes, histórias, línguas e cultura do país em questão tenham semelhanças com o do Direito receptor;

c) Utilidade sociojurídica, é o critério que justifica que o recurso ao Direito Comparado apenas será útil se houver tratamento jurídico sobre determinado tema no sistema estrangeiro analisado;

d) Filiação histórica, por fim, indica que haverá maior aproveitamento se houver confluência histórica do sistema jurídico do país estrangeiro em relação ao próprio sistema importador.⁸²¹

Agora, enquanto pauta de Direito Comparado para o Brasil, o ordenamento jurídico português coloca-se como valiosa fonte, pois possui normatização abrangente sobre

⁸¹⁸ *Idem*, p.92.

⁸¹⁹ *Idem*, p.96.

⁸²⁰ TAVARES, *Op Cit*, 2002.

⁸²¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Diálogo das Fontes e o Direito Comparado como Fonte Formal do Direito do Trabalho Brasileiro. 49-56. In. A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho. Org. CLAUS, Bem-Hur Silveira; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. 2ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2017.

discriminação genética, incluindo ditames versados para o trabalhador. Trata-se da Lei n.12 de 2005 [alterada pela Lei 26/2016], reguladora da informação genética pessoal (Apêndice I).^{822 823}

De certo, o jurista brasileiro contemporâneo, ao referir-se a discriminação e a regulamentação da propriedade de informação genética do trabalhador, deve se esforçar para lidar consistente por meio do Direito Comparado. Isso porque, há uma lacuna no ordenamento brasileiro sobre o assunto, impedindo-o de obter consistência no ordenamento interno. Mesmo porque, o projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998), que define os crimes de discriminação genética no Brasil, ainda não foi aprovado como norma vigente. Até março de 2018, a tramitação do projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998), posteriormente denominado como projeto de lei 4610 de 1998, apresentava seu último movimento em 2015, sendo sua posição como mesa diretora da Câmara dos Deputados. A morosidade na aprovação do projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998) ocorreu pela necessidade de conciliação das diretrizes normativas do mesmo com outros projetos de lei em andamento, sendo os apensados: projetos de lei 1934/1999, projetos de lei 1934/1999, projetos de lei 3377/2000, projetos de lei 4900/1999, projetos de lei 4662/2001, projetos de lei 4661/2001, projetos de lei 7373/2006, projetos de lei 4212/2008, projetos de lei 4215/2008, projetos de lei 2658/2015 e projetos de lei 2888/2015.⁸²⁴

8.4 ADEQUAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO TRABALHISTA

Como qualquer ordenamento jurídico de um país, o brasileiro necessita se autoconservar, usando, para tanto, ajustes cabíveis aos novos comportamentos da sociedade. Se você pensar nas inúmeras descobertas científicas, que mudaram o comportamento da sociedade no decorrer dos últimos séculos, a lista seria imensa. Por exemplo, numa volta ao passado, o uso do carro era tido como temeroso, devido a sua influência no comportamento da sociedade. Uma passagem do artigo ‘mascaras e mascarar’ do Almanach do Correio da Manhã de 1940 faz jus a tal apreciação, no entanto, merece maior atenção porque seu autor faz uma apreciação temporal (1909-1940) do uso do automóvel, sendo:

⁸²² PORTUGAL. *Lei n. 12*, Informação genética pessoal e informação de saúde. 26/01/2005. [17 julho 2015] Disponível em: https://www.ibmc.up.pt/sites/default/files/Lei_12-2005%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20gen%C3%A9tica%20Pessoal%20e%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Sa%C3%BAde.pdf

⁸²³ LIMA NETO, *Op Cit*, 2010.

⁸²⁴ BRASIL. *Projetos e Matérias Legislativas*: Projeto Lei 149 de 1997. 05/08/1997. [15 Agosto 2015] Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1456

“O automobilismo não foi um simples acontecimento industrial – escrevia fazem já muitos anos, Alfred Capus – ele está unido agora de modo íntimo, à história da elegância contemporânea, criou novas profissões e tem um lugar marcado na história social. Desde a época distante em que foi escrita a crônica do conhecido homem de letras da França, automóvel tem... corrido muito, alcançando, como símbolo da civilização os mais longínquos, os mais primitivos rincões do mundo. Hoje em dia, tornou-se mesmo quase uma velharia, pois que muitas e muitas outras invenções surgiram e continuam surgindo, após o sensacional aparecimento do quatro rodas sem cavalos. E ele correu – que para outra coisa veio ao mundo – a vida, por sua vez, não ficou parada. Na lei eterna do movimento, tudo envolve, tudo vai, rápido ou lentamente, evoluindo. Mas o reinado do automóvel marcou talvez, a etapa derradeira da era tão bonita do romantismo. Foi pena. A existência, tornando-se mais agitada, mais febril e tão mais vertiginosa – é preciso correr para não ser atropelado – [...] voltemos a crônica de Capus, que data de 1906, e na qual há neste período um conselho que, infelizmente, não foi aproveitado: “o problema moral do automobilismo consiste em combinar a velocidade, sem a qual perderia toda emoção, com a marcha lenta que impede o homem tornar-se um simples movimento de máquina”. Mas... sucedeu que a humanidade na ânsia de apanhar um lugar ao sol, [...], esqueceu-se de combinar velocidade com marcha lenta e assim se vai transformando – vivendo sem tempo para viver – numa simples máquina em eterno e exaustivo movimento”⁸²⁵.

A poética apreciação do automóvel no decorrer das décadas ali descritas, comprova o quanto o uso da tecnologia influencia o comportamento do Homem. Certamente, no decorrer do século XX, com o uso do automóvel em constante avanço, leis surgiram, inclusive, se autoajustando nos quesitos moral e ético, sempre buscando ausência de danos ao bem-comum. Por exemplo, a lei n 9.503 de 1997⁸²⁶, que institui o Código de Transito no Brasil, em seu artigo 65 dita a obrigação do uso do cinto de segurança, algo impensável quando escrito o artigo do Almanach do Correio da Manhã de 1940 – quando já se achava o automóvel quase uma velharia. Ou seja, as tecnologias surgem, mudam o comportamento da sociedade e, também, se aprimoram com o passar do tempo, sempre remodelando o comportamento da sociedade. Tudo isso, faz com que surjam leis, assim como o autoajuste das mesmas com o passar do tempo.

Agora, valemo-nos de um paralelo entre a situação descrita e avanço científico da tecnologia genética, sim, são avanços tecnológicos distintos, todavia, ambos de grande impacto no comportamento da sociedade. Seguramente o Brasil não foi o primeiro país a criar leis de trânsito, pois foi a Inglaterra em 1836 (Bandeira Vermelha).⁸²⁷ Assim como não o é no âmbito do uso da tecnologia genética, tendo ainda ausência acerca do trato legal do uso das informações de mapeamento genético dos trabalhadores, evitando atos de não contratação

⁸²⁵ BRANDÃO, R.; LEITÃO, H. Mascaras e mascaras, *Almanach do Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p. 3-400, 1940, p.371.

⁸²⁶ BRASIL. Lei n 9.503 de 1997, Código de Transito no Brasil, *Diário Oficial da União*, 25/09/1997. [1 Março 2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm

⁸²⁷ PERKONS. *Trânsito ideal: breve história do trânsito*. Dezembro/2017. [1 Março 2018] Disponível em: <http://www.transitoideal.com/pt/artigo/4/educador/66/breve-historia-do-transito>

devido a discriminação genética. Há, portanto, uma omissão legal no ordenamento brasileiro acerca da questão, tida como lacuna jurídica, a qual já teria abrandada se o projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998) já tivesse sido sancionado.^{828 829 830} Especialmente, a questão se ampararia no artigo no artigo 6 do projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998), a saber:

“Recusar, negar ou impedir inscrição em concurso público ou em quaisquer outras formas de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética do postulante, bem como, com base em informações dessa natureza, obstar, impedir o acesso ou a permanência em trabalho, emprego, cargo ou função, na Administração Pública ou na iniciativa privada. Pena: detenção, de um mês a um ano, e multa”⁸³¹.

No entanto, por não ser outorgado como norma brasileira, não há como se fazer uso do artigo. Porém, existe outra maneira de suprir a lacuna jurídica descrita. Conforme já especificado, pode-se adotar caminho que abrange a Teoria do Diálogo das Fontes. Ora visto, que existe a possibilidade de adotar uma visão sistêmica, criando ambientação embasada por diferentes temáticas normativas, em vigor, propiciando ambientação para integração da lacuna jurídica por meio dos Princípios Gerais do Direito e Equidade. Assim, criar-se-á controle ético e moral no que tange a divulgação dos dados genéticos do trabalhador para o empregador, integrando a lacuna junto ao ordenamento jurídico brasileiro, assessorando apreciação dos fatos através composição de subsistemas normativos, embasando a decisão do juiz.^{832 833} Seguramente, a composição da sistemática jurídica em prol da integração da lacuna jurídica, abrangeria o seguinte caminho:

- i. Ordenamento Jurídico brasileiro em Código de Processo Civil (lei 13.105 de 2015) – artigo 140 para amparar a equidade - “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”⁸³⁴;
- ii. Ordenamento Jurídico brasileiro em Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, revisada em 2010) – artigo 4 para amparar os Princípios Gerais do Direito - “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁸³⁵, e o artigo 5 para dar suporte a Equidade devido o intuindo da busca pelo bem comum e benefícios

⁸²⁸ FERRAZ JUNIOR, *Op Cit*, 2015.

⁸²⁹ DINIZ, *Op Cit.*, 1988.

⁸³⁰ BRASIL. *Op Cit.*, 1997.

⁸³¹ *Idem*.

⁸³² DINIZ, *Op Cit.*, 1988, p.419.

⁸³³ MARQUES, C.L. *Op Cit*, 2012.

⁸³⁴ BRASIL. *Op Cit.*, 2015.

⁸³⁵ BRASIL. *OP CIT.*, 1942.

sociais - “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”⁸³⁶;

- iii. Ordenamento Jurídico brasileiro em Consolidação das Leis do Trabalho (CLT - Decreto-lei 5.452 de 1943) – artigo 8 para amparar a Equidade, os Princípios Gerais do Direito e, ainda, o Direito Comparado: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”⁸³⁷;
- iv. Ordenamento Jurídico português em Lei de Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (lei n.12 de 2005 – Apêndice 1) – sobretudo artigos 11 e 13 para amparar o ajuste normativo da lacuna jurídica descrita.

Especialmente, na Lei de Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (lei n.12 de 2005/Lei 26/2016) portuguesa, para efetivação da integração da lacuna, destacam-se as passagens completas dos artigos 11 e 13:

“Artigo 11 Princípio da não discriminação

1 - Ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético.

2 - Ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, em função dos resultados de um teste genético diagnóstico, de heterozigotia, pré-sintomático ou preditivo, incluindo para efeitos de obtenção ou manutenção de emprego, obtenção de seguros de vida e de saúde, acesso ao ensino e, para efeitos de adopção, no que respeita quer aos adoptantes quer aos adoptandos.

3 - Ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, nomeadamente no seu direito a seguimento médico e psicossocial e a aconselhamento genético, por se recusar a efectuar um teste genético.

4 - É garantido a todos o acesso equitativo ao aconselhamento genético e aos testes genéticos, salvaguardando-se devidamente as necessidades das populações mais fortemente atingidas por uma dada doença ou doenças genéticas”⁸³⁸.

“Artigo 13 Testes genéticos no emprego

1 - A contratação de novos trabalhadores não pode depender de selecção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos.

2 - Às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos.

3 - Nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou susceptibilidade, ou afectar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, pode ser usada a informação genética relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que tenha em vista a protecção da saúde da pessoa, a sua segurança e

⁸³⁶ *Idem.*

⁸³⁷ BRASIL. *Op Cit*, 1943.

⁸³⁸ PORTUGAL, *Op Cit*, 2005.

a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efectuado após consentimento informado e no seguimento do aconselhamento genético apropriado, que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral.

4 - As situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma excepção ao anteriormente estipulado, observando-se no entanto a restrição imposta no número seguinte.

5 - Nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde actual do trabalhador, devem ser seleccionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador.

6 - Os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse directo de entidades patronais são por estas suportados”⁸³⁹.

Também, interessante ressaltar que, mesmo se estivesse em vigor as diretrizes do projeto de lei n. 149 de 1997 (agora projeto lei 4610/1998) brasileiro, o seu artigo 6 não seria tão abrangente para a integração da lacuna jurídica acerca da propriedade de divulgação de informações genéticas do trabalhador para o empregador, sobretudo, no âmbito de testes para contratação.⁸⁴⁰ Isso, se comparado ao amparo normativo português, contido nos artigos 11 e 13 da lei n.12 de 2005.⁸⁴¹

Logo, uma interpretação conjunta, das ordenações jurídicas brasileira e portuguesa, amparada no intuito do Direito Comparado, pode romper o paradigma jurídico dos dados genéticos do trabalhador brasileiro, integrando a lacuna existente. Especialmente, calcando-se na diretriz do artigo 13 da lei 12 de 2005 portuguesa, porque impede até mesmo o consentimento do trabalhador em oferecer suas informações genéticas num momento de contratação para emprego.⁸⁴² Posto, o trabalhador, ao desejar a contratação, estar numa situação de inferioridade perante ao empregador, gerando tendência ao consentimento de fazer o teste de mapeamento genético. Certamente, a negativa de consentimento legal para a não feitura do teste genético do trabalhador para sua contratação, suprime a ocorrência de discriminação genética do trabalhador e, mesmo, de eugenia.

8.5 ANÁLISE DO CAPÍTULO

O capítulo explanou sobre a possibilidade de integração da lacuna jurídica referente a situação de oferta de dados genéticos do trabalhador para o empregador no Brasil. Para tanto, explorou assuntos como: as possibilidades de integrar uma lacuna, por meio da Analogia, Costume, Princípios Gerais do Direito e/ou Equidades; a Teoria do Diálogo das Fontes como forma de sistematizar temáticas normativas em prol do uso dos Princípios Gerais do Direito e

⁸³⁹ *Idem.*

⁸⁴⁰ BRASIL. *Op Cit*, 1997.

⁸⁴¹ PORTUGAL, *Op Cit*, 2005.

⁸⁴² *Idem.*

da Equidade, incluindo nesse esteio o Direito Comparado; por fim, explorou caminho a ser percorrido para integração da lacuna jurídica, expondo conjunto de temáticas normativas no ordenamento jurídico brasileiro para devida associação com o amparo normativo da lei 12 de 2005 portuguesa.

Além disso, restou evidenciado a importância do estudo do Direito Comparado com Portugal, visto que os requisitos para melhor aproveitamento são contemplados, pois, há entre o Direito brasileiro e o Direito português estreita compatibilidade normativo-ideológica, proximidade cultural e linguística, utilidade sociojurídica e, por fim, uma estreita influência histórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transformações sociais, econômicas, científicas, políticas e culturais ensejam redefinições de contextos e conceitos. Considerando a imbricação entre direito e sociedade, para acompanhar os novos cenários, novos delineamentos são traçados na/pela cultura jurídica. Nesta tese, o olhar direciona-se a um tema em voga no campo jurídico contemporâneo – tanto no âmbito acadêmico quanto no âmbito institucional –, a saber: os contornos do universo da descoberta científica do Projeto Genoma Humano (PGH) – e seu descortinar para dentro dos muros das empresas, fábricas ou outras relações empregatícias.

É fato que o último século trouxe inovações e descobertas científicas sem precedentes na história da humanidade! Dessas inovações e descobertas, o PGH figura como um dos mais importantes empreendimentos científicos e, nesse sentido, merece destaque uma de suas reverberações: a ciência deixou de fazer parte da pauta de interesse meramente privado e passou a integrar a ordem do dia, configurando-se numa temática central da vida cotidiana.

Com efeito, constatou-se que o PGH impactou consideravelmente a sociedade, criando indagações advindas de preceitos filosóficos e teológicos e, conseqüentemente, de ordem moral e ética. Afinal, entender a essência biológica do homem, por meio do código genético, significa entender a sua origem, com todas as suas complexidades. Por isso, há de se atribuir um caráter positivo de seu contorno científico em todas as áreas, nelas incluídas as relações entre empregado e empregador.

Os estudos científicos sobre o gene, como um segmento de DNA, revelam as informações genéticas de um determinado indivíduo, isto é, as suas predisposições para adquirir determinadas doenças ou as suas aptidões para desenvolvê-las. O sequenciamento genético constitui uma rica fonte de informações e está sujeito a uma miríade de aplicações práticas. Dentre elas, como já exposto, o diagnóstico e a confirmação de doenças, a informação sobre prognósticos de doenças e a previsão do risco futuro de doenças em indivíduos sadios e em seus descendentes.

Essas propensões, predisposições, suscetibilidades e/ou vulnerabilidades do indivíduo em relação à potencialidade corpórea de transferir e replicar peculiaridades de hereditariedade remetem aos meandros da própria essência da vida. Entretanto, algumas questões perpassam o PGH, a exemplo da privacidade e da confidencialidade da informação genética; do uso da informação genética por empregadores, entre outros entes, tais como

tribunais, escolas e similares; dos impactos psicológicos, das estigmatizações e das discriminações em decorrência da constituição genética do indivíduo; dos benefícios e dos prejuízos dos beneficiários e dos prejudicados com o acesso de tecnologia genômica avançada etc.

O leque de manipulação do saber genômico é extenso, pois pode atuar por meio da medicina preventiva, da engenharia genética (clonagem, assistência eletiva em inseminação artificial etc.) e da cura de doenças. Porém, tal conhecimento, tão abrangente, pode ser manipulado tanto de forma positiva como negativa. Em outras palavras, os avanços técnico-científicos forjados pelo PGH desencadeiam não só consequências positivas, mas também consequências negativas e, nessa esteira, há uma série de questionamentos sobre a utilização de tal descoberta. Para além dos avanços e seus benefícios, é possível falar também em problemas éticos, sociais e legais.

A assessoria de ordem salutar na cura e na prevenção de doenças torna inegável o valor do PGH para a sociedade, tornando-o um saber científico atuante na cultura e nos hábitos contemporâneos. Nesta conjuntura da engenharia genética, a eugenia liberal abre espaço para a prática da instrumentalização do ser humano ainda não nascido, utilizando, para tanto, argumentações terapêuticas diversas, tais como: tratar ou evitar doença com antecedência, combater uma malformação, determinar características físicas e usar nova concepção de feto (células tronco) para salvar uma vida em risco. Mas existem efeitos colaterais nessa nova cultura científica que podem causar lesão ao bem-estar das pessoas, como, por exemplo, a prática da eugenia e da discriminação por motivos de características genéticas. É possível dizer que as descobertas genômicas se deram em um mundo despreparado para seus desdobramentos, sendo importante sublinhar que seu conhecimento não é apenas de cunho privado, pois também envolve terceiros.

É justamente nestes aportes teóricos e práticos advindos da medicina, pensado em um viés discriminatório do PGH no meio ambiente do trabalho, incorporado através de julgamentos sobre as características genéticas do indivíduo, que a presente tese se centrou. Isso porque, muitas vezes, o teste genético, que deveria ter cunho salutar, reverbera como um banco de dados pessoais de um indivíduo. Ou seja, as informações pessoais de um indivíduo são reveladas a outro, o qual as utiliza como meio e não um fim em si mesmo.

Nesse momento, essa outra pessoa terá acesso a informações sobre todas as doenças hereditárias contidas no laudo do teste de sequenciamento genético, sabendo assim quais doenças futuras o indivíduo testado poderá desenvolver. Portanto, o teste de sequenciamento

genético é um manancial importante de informação pessoal, que pode ser usado como indicador para diferenciação e escolha de seres humanos, a gerar discriminação.

Em tal conjuntura, o teste de sequenciamento genético em ambiente laboral torna-se valioso para o empregador, porquanto, ao usá-lo, pode-se eliminar a contratação de indivíduos que venham a gerar problemas e custos para a empresa. Assim, o uso do teste de sequenciamento genético já é uma realidade na situação de seleção de candidatos a emprego. Todavia, não há como negar que se trata de uma postura pouco ética, já que abre espaço para uma incursão na intimidade da pessoa humana, a resultar em discriminação genética do empregado, que acaba não contratado devido à possibilidade de desenvolver uma doença no futuro.

Neste cenário discriminatório, o teste genético torna-se, cada vez mais, um elemento presente na relação entre candidato a emprego e empregador. Ante o poder exercido pelo último sobre o primeiro, é mais um empecilho no processo de seleção do candidato que, mesmo sem ter a doença naquele determinado momento, pode ser eliminado do processo seletivo de emprego pela possibilidade de desenvolvê-la futuramente. Mesmo com aptidões profissionais para determinado cargo, o candidato pode ser descartado por sua carga de informações genéticas.

Em um contexto marcado pela globalização, há maior abertura de mercado e, conseqüentemente, maior concorrência. O conjunto de transformações de distintas ordens que vem ocorrendo mundialmente, marcadamente nas últimas décadas, traz consigo novas realidades e, considerando o estudo em tela, sobretudo para a estrutura e para as relações de emprego. Desse modo, emerge no mercado de trabalho um novo modelo, que se desdobra em mudanças organizacionais, em novos perfis profissionais dos empregados e em novos delineamentos para o próprio conceito de emprego. Todos esses indicadores sofrem modificações e ajustes de acordo com a nova realidade vigente, assentada sobre uma sociedade de serviços pautada pelo binômio produtividade e competitividade.

Como consequência desse processo, a natureza das transformações tecnológicas, sob o viés da globalização, faz com que o empregador conceba novas exigências no tocante à capacidade profissional do empregado. Trata-se da busca pela excelência de serviço e/ou de produto, para fins de alcançar e sedimentar um espaço em um mercado cada vez mais competitivo e auferir a lucratividade almejada a qualquer custo. Essas novas exigências se estendem, notoriamente, às seleções de candidatos a emprego e, muitas vezes, comportam práticas dotadas de pouca ética.

Cumprir referir que, quando a busca pelo empregado é norteada pela estruturação de um padrão genético predeterminado, já há, de *per si*, indícios de discriminação na seleção para compor o mercado de trabalho. Nessas condições, o candidato a emprego com características genéticas não satisfatórias, ou seja, com características que não preencham os requisitos dessa predeterminação genética, pode ter a sua atuação profissional afetada negativamente e tornar-se refém, ao longo de sua vida, de uma carga genética desfavorável.

É oportuno trazer à baila a importância da adoção de um comportamento ético como fio condutor das condutas dos seres humanos em suas mais distintas relações, seja no âmbito pessoal, científico ou laboral – e, aqui, especialmente quanto ao conhecimento prévio do perfil genético do empregado e o uso desse conhecimento pelo empregador.

Importa mencionar que a ética encontra esteio no respeito à dignidade do ser humano em sua totalidade. Aqui, ética, bioética e biodireito conformam importantes condicionantes para reflexões, valorações e delineamentos normativos, sobretudo para traçar determinados limites às realizações da ciência, seus procedimentos e suas aplicações.

É de se ressaltar que a sociedade assimilou o PGH. Todavia, o ponto a relevar está em se perquirir de que forma ética será vivenciado o conhecimento do genoma humano do empregado candidato a emprego e que uso poderia ser feito pelo empregador. Dado que as legislações trabalhistas portuguesa e brasileira detectam a relação de emprego tão somente após a contratação, ao empregador é conferida ampla liberdade e autonomia para eleger a forma do processo seletivo de emprego, abrangendo currículos, entrevistas, testes psicológicos, exames médicos e testes de sequenciamento genético. Desse modo, a seleção e seus métodos restam ancorados na boa-fé do empregador quando da realização do procedimento.

A condição de vulnerabilidade do candidato a emprego faz com que haja uma condescendência com os métodos de seleção, isso porque a contratação se sobrepõe à vontade de contestação sobre a forma eleita para a seleção, advindo daí o consentimento da oferta de informações privadas, incluídas as informações genéticas. Na perspectiva do candidato ao emprego, não ofertar as informações requeridas pelo empregador ou questionar o processo seletivo pode significar a sua eliminação na respectiva seleção.

A lógica da relação entre empregador e candidato a emprego propicia um ambiente favorável para a solicitação de teste genético. Impende registrar que essa relação é norteada pelo teor econômico, sendo o trabalho um benefício a ser negociado pelas partes. No entanto,

essa configuração não significa que o empregador, por ocupar o lado financeiro na relação, possa violar os limites de respeito à dignidade humana e adotar uma conduta discriminatória.

A demarcação do limite aceitável entre o conhecimento e a preservação das informações relativas ao empregado é uma questão fundamental a ser considerada neste contexto. Uma condução ética na feitura desses testes para candidato a emprego seria sua utilização em prol da saúde do candidato, protegendo sua vida e a de terceiros. Justamente para viabilizar essa condução de proteção da informação genética do empregado, em situação de teste de sequenciamento genético em seleção de candidatos a emprego, faz-se prudente o uso dos preceitos normativos dos direitos de personalidade.

Em tal sentido, a tutela da personalidade se dá mediante a autonomia do indivíduo para gerir sua personalidade, que, além das suas características particulares, abarca igualmente as suas informações genéticas. Isso porque as informações genéticas do empregado são de cunho íntimo e pessoal, devendo ser preservadas no âmbito do direito da privacidade, por se tratar de um direito fundamental.

É importante acentuar que há lesão à dignidade humana quando o ser humano é utilizado como meio e não como um fim em si mesmo. A dignidade humana é uma característica intrínseca à condição humana e constitui, pois, o cerne da categoria dos direitos humanos. Essa qualidade, inerente ao ser humano, o faz merecedor de respeito e consideração. Desrespeitar essa condição significa praticar a coisificação e a instrumentalização de outrem. Diante das demandas e problemáticas que atravessam a contemporaneidade, é imperiosa a necessidade de se constituir limites para a sua preservação.

A dignidade humana norteia posições jurídico-subjetivas que delineiam os direitos, as garantias e os deveres fundamentais. Com efeito, tal princípio implica observância, respeito e proteção à condição humana, restando estabelecidos limites ao Estado, à sociedade e ao próprio indivíduo quanto às suas atuações. Resguardar a dignidade humana significa reconhecer e tutelar os direitos da personalidade, porquanto por meio desses direitos há uma afirmação do sujeito como pessoa.

Há de se registrar que todas essas questões ensejam a emersão da dimensão valorativa do direito, por meio de textos normativos que reflitam valores éticos, antes adstritos à esfera ética, mas agora incorporados ao âmbito jurídico. Para tanto, a estruturação do preceito dos direitos humanos, a partir de importantes instrumentos normativos, pode ser considerada um grande passo nessa direção. Instituições internacionais como a ONU, assim

como suas agências de cooperação, tal como a Unesco, voltaram a atenção ao tema em apreço e passaram a percebê-lo como um eixo estratégico para salvaguardar a dignidade humana.

Nesse sentido, a ONU corroborou a propagação desses limites de conduta ao acenar para o combate às distorções da dignidade humana, seja por meio de Declarações, seja por meio de Resoluções. No âmbito trabalhista, são dignas de realce as Convenções da OIT. Com essas instrumentalizações, a ONU estabeleceu a internacionalização dos direitos humanos, influenciando as normatizações constitucionais de seus Estados membros, entre eles Portugal e Brasil.

Há, dessa forma, uma ambientação normativa que protege tal direito privado em âmbito legislativo doméstico, tanto em Portugal como no Brasil, países investigados no presente estudo. Essas normatizações domésticas também se valem dos preceitos diretivos das normatizações internacionais.

Repise-se que a especificidade dos testes genéticos passa a permitir, ao se analisar os perfis do DNA, a identificação de uma determinada pessoa (identidade genética) com o uso da tecnologia hoje denominada de "*DNA-fingerprint*", que consiste numa verdadeira "impressão digital genética". Os testes genéticos acabam por detectar a presença, ausência ou se há modificação em um determinado gene ou cromossomo, através das características hereditárias do homem, o que faz com que o direito a intimidade possa ficar exposto.

No entanto, após a investigação dos institutos legislativos domésticos de Portugal e do Brasil, constatou-se que para o caso da proteção das informações genéticas, sobretudo do empregado, deve-se adotar normativa mais incisiva, evitando situações de discriminação genética. Todas essas transformações, com seus reconhecimentos conceituais e formais, devem estar acompanhadas das suas respectivas materializações.

No que pertine à recolha de informações de saúde do empregado no Brasil, seja em relação aos exames médicos admissionais, periódicos ou demissionais, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Norma Regulamentadora nº 7, que trata do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), por meio da qual regulamentou os parâmetros mínimos e as diretrizes gerais no que toca aos exames médicos ocupacionais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho.

O Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214, de junho de 1978, aprovou as Normas Regulamentadoras (NRs) do Capítulo V, do Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), atinentes à Segurança e Medicina do Trabalho. Entre essas Normas Regulamentadoras, encontra-se a NR nº 7, que estabelece a

obrigatoriedade da elaboração e execução, por parte de todos os que empregam e instituições que admitam labutadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, com o escopo de promoção e prevenção da saúde do conjunto dos seus funcionários.

O item 7.4.1 da NR nº 7 estabelece que o PCMSO precisa incluir, entre outras, a realização imprescindível das análises médicas de admissão, periódico, de regresso ao trabalho, de alteração de função e de demissão. Os referidos exames precisam compreender a avaliação clínica, alcançando a anamnese ocupacional e a análise físico e mental, além de exames complementares concretizados segundo esta NR. Todavia, tal previsão, no Brasil, deixa a descoberto a classe trabalhadora, pois, desacompanhada de outras normas, abre espaço para que a empresa inclua o exame de sequenciamento genético do empregado dentro do Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO).

Isso demonstra a insuficiência normativa brasileira para dar guarida às informações genéticas do empregado, ou da população de maneira geral, não existindo legislação direta para o assunto, como feito em Portugal pela Lei nº 12, de 2005 [atualizada pela Lei nº 26/2016], e pelo Decreto-Lei nº 131. Igualmente, o país não possui aparato constitucional direto acerca da autodeterminação informativa, como consta do artigo 35º da Constituição portuguesa. Há certa proteção de forma indireta na Constituição brasileira em seus artigos 1º, 5º e 225, que abordam respectivamente os direitos fundamentais, a manipulação e o patrimônio genético como ato de se preservar o meio ambiente. No Brasil, somente há o respaldo constitucional do artigo 5º da Constituição, o qual não permite qualquer imposição de terceiros junto ao desejo livre e autônomo do indivíduo.

Mesmo em âmbito geral, não só laboral, as informações genéticas devem ser preservadas de terceiros, devendo ser instrumentalizadas normativamente como bem privado. Em Portugal, instituiu-se a Lei nº 12, de 2005 [atualizada pela Lei nº 26/2016], mas no Brasil ainda não houve promulgação de norma incisiva acerca da proteção das informações genéticas, restando a subjetividade dos institutos de direitos cabíveis ao assunto.

Destaca-se que, no caso da referida lei, em Portugal, há adendo normativo específico para as informações genéticas do empregado, que, por ser considerado como o lado mais frágil da relação com o empregador, restou impedido de oferecer o termo de consentimento livre e esclarecido para a feitura do teste de sequenciamento genético, assim como o empregador foi proibido de solicitá-lo. Ou seja, o Estado, ciente da fragilidade do empregado

na relação com o empregador, interferiu na autonomia do seu direito à privacidade, exatamente para protegê-lo de situações de discriminação genética em ambiente laboral.

No Brasil, existe o Projeto de Lei 149, de 1997, que aguarda aprovação na Câmara dos Deputados. Trata-se de um instrumento diretivo para a proteção das informações genéticas em âmbito geral, visando ao combate à discriminação genética. Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam o campo jurídico, enquanto importante campo de produção material e simbólica e que, correlativamente, circunscrevem a tramitação do Projeto em comento.

O campo aqui é entendido como um espaço atravessado por forças, ao cingir os agentes nele postos, e um espaço de lutas, em que os agentes agem em conformidade com suas posições, mantendo ou mudando sua estrutura. Como corolário de tal entendimento, práticas e discursos jurídicos podem ser tomados como produto desse campo, perpassado por relações de forças sociais que o estruturam e por uma lógica que demarca os espaços possíveis do Direito.

Importa mencionar que esse projeto não possui adendo normativo exclusivo para a proteção das informações genéticas do empregado, de modo a conferir ênfase à discriminação genética em âmbito laboral. Por certo, a legislação portuguesa está apta para combater a discriminação genética do empregado, a partir da capacidade de proteger de forma incisiva as suas informações genéticas, ainda que interfira em sua autonomia de gerir informações pessoais.

Já no cenário brasileiro, a legislação não diretiva para a proteção das informações genéticas do empregado abre espaço à ocorrência de sua discriminação genética, especialmente porque basta o empregado emitir o termo de consentimento livre e esclarecido para que ocorra o teste de sequenciamento genético.

Entende-se, com base na comparação das normatizações domésticas de Portugal e do Brasil, que a Lei nº 12, de 2005 [Lei 26/2016], de Portugal pode servir de exemplo à construção normativa no Brasil. Mesmo que haja a aprovação do Projeto de Lei 149, de 1997, no Brasil, ainda restará uma lacuna normativa para a proteção das informações genéticas do empregado. Nesse viés, as transformações que perpassam a sociedade requerem a constituição de leis mais diretivas, porquanto novos comportamentos exigem novos preceitos normativos.

Seria interessante propor ao Estado brasileiro um Projeto de Lei que satisfizesse tal lacuna, cabendo instruções similares às dos artigos 11º e 13º da aludida lei portuguesa e

criando-se um direcionamento para preservar as informações contidas em teste genético em situação de seleção de candidato, reprimindo-se a discriminação genética em ambiente laboral.

Embora a atividade científica correspondente ao PGH não reclame, em princípio, maiores intervenções jurídicas, a evolução das tecnologias genéticas acena para a necessidade de preenchimento de diversas lacunas legislativas. Por ora, nesse cenário, a dignidade humana perfaz tal preenchimento, e entremeia a aproximação entre o Direito e esses avanços tecnológicos. É possível dizer que esse princípio serve como um limite ético e jurídico no tocante às descobertas científicas. Mas é necessária uma legislação para a proteção dos indivíduos no tocante à discriminação genética.

O Direito, enquanto fenômeno social, cultural e histórico, não pode permanecer à margem dos problemas práticos da sociedade. Dito de outro modo, cabe ao ordenamento jurídico acompanhar as especificidades do contexto histórico, cultural e social em que se insere. Para tanto, no caso do presente estudo, é preciso ponderar os benefícios e os riscos que envolvem as novas tecnologias genéticas disponíveis para a seleção de candidatos a emprego, preservando direitos fundamentais e valores éticos caros à sociedade.

Depreende-se que, com essas normatizações, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceria no ser humano, cada vez mais, o centro e o fim do direito. Considerando que a dignidade humana configura-se como um elemento axiológico, receberia, igualmente, do ordenamento jurídico a necessária salvaguarda, com o respectivo reconhecimento de todos e para todos. Com isso, outro tratamento seria dispensado à relação empregador e candidato a emprego ou empregado já contratado.

Empregador e empregado ocupam lados distintos na relação de trabalho. Essas posições são conformadas por distintas hierarquias, com a submissão do empregado às regras do empregador e, portanto, com a ocupação do lado mais frágil da relação. Situação essa que, contemporaneamente, fica mais evidente ao tempo da fase de seleção de candidato. É possível falar em uma busca de equilíbrio dessa relação, com a utilização sensata e adequada das novas tecnologias, sem que se forje exclusão e discriminação.

Trata-se, pois, da adoção de uma nova óptica, dentro de uma realidade laboral que não pode ser dissociada de uma visão mais subjetiva, a considerar o empregado em toda a sua perspectiva humana. Tal perspectiva é construída a partir da inseparabilidade entre o trabalho prestado e aquele que o presta, sendo capaz de afastar práticas fundadas na coisificação e na instrumentalização do empregado. Ou seja, práticas que o considerem apenas como um

recurso humano. Em cada empregado, há sempre um ser humano, e os contornos da relação de trabalho devem obrigatoriamente refletir essa máxima.

Por isso, com a intenção de finalizar a tese, mas nunca de concluir, tratou-se por fim de trazer a estudo a Teoria do Diálogo das Fontes. Seguramente, defendendo que se deva vedar a realização de mapeamento genéticos no âmbito da contratação laboral, tanto para efeito de seleção do empregado quanto durante os exames periódicos, no Brasil, ante uma total falta de normatividade, o fato é que não existe uma vedação legal expressa.

Sintetizando em nótulas finais se o escopo para oportunizar o desnudamento da intimidade genômica do empregado não seja para práticas discriminatórias, que possam repercutir não só no ambiente das relações sociais, como também no ambiente das relações profissionais, ou seja, se utilizado não para uma degradação subjetiva do empregado, mas a recolha se der para conhecer eventuais doenças monogênicas (patologias que surgem de forma tardia, mas com certeza de sua ocorrência) e que possam comprometer um meio ambiente de trabalho de forma coletiva. Tudo isto, com a concordância do candidato a emprego ou do empregado.

A questão cinge-se em como tal aferição pode proteger o candidato a emprego de uma situação de discriminação genética, mesmo que o candidato seja permissivo aos métodos de seleção postos pelo empregador, ofertando, com consentimento, suas informações genéticas devido à ânsia de conquistar o emprego. Por isso, a informação deva ser centrada apenas em ambiente médico, a quem deve sinalizar ao empregador se o candidato está APTO ou INAPTO para o posto ou se oferece risco ao meio ambiente de trabalho ou a fator coletivo externo, sempre com observância do dever ético da confidencialidade e da não discriminação.

Consequentemente, no Brasil, por existir falta de especificidade legislativa para o uso e a oferta das informações genéticas de candidato a emprego, há maior probabilidade de solicitação de exames de sequenciamento genético em ambiente de seleção de candidatos a emprego, o que torna o Brasil propenso à ocorrência da discriminação genética do empregado.

Por derradeiro, então, encerrando a tese, mas não a reflexão, é que se demonstrou trazer como estratégia para o Brasil, até que se tenha um marco legislativo doméstico, a utilização do Direito Comparado como fonte supletiva das lacunas relativas à proteção genômica do empregado, utilizando-se do Direito Português. Eis que, numa Teoria do Diálogo das Fontes, repise-se, foi considerado que Portugal seria o país mais adequado para esta interlocução, pois, há entre o Direito brasileiro e o Direito português estreita compatibilidade normativo-ideológica, proximidade cultural e linguística, utilidade

sociojurídica e, por fim, uma estreita influência histórica. A aplicação da normatividade seja o disposto na Constituição da República de Portugal ou das demais leis esparsas que tratam da temática deve configurar uma proteção para os trabalhadores brasileiros, hoje expostos à lacuna legislativa. Oferta-se, assim, algum contributo mínimo na proteção da universalização social do labor humano, a partir de uma circularidade em movimento internacional formando um diálogo transfronteiriço das fontes, atribuindo um caráter positivo de convergência entre Brasil e Portugal.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. - *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABRANTES, José João. - *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- ALBORNOZ, Suzane. - *O Que é Trabalho*. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- ALBUQUERQUE, Bruno Pinto de. - *As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental*. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007.
- ALCÂNTARA, Lúcio. - *Projeto de Lei 149, define os crimes resultantes da discriminação genética*. 05/08/1997. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. - *O Trato dos Viventes: Formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ALEX, Robert. - *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.
- ALTAVILA, Jaime. - *Origem do Direito dos Povos*. 5.ª ed. São Paulo: Ícone, 1989.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. - A Organização Internacional do Trabalho e a Proteção aos Direitos do Trabalhador. *Aduaneiras*, n. 170407, maio/2007. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/170407a.pdf>.
- ALVES, Cleber Francisco. - *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVES, Rubem. - *Filosofia da Ciência*. 9.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- AMADO, João Leal. - *O património genético*. Revista QL. Ano XII, n. 25. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AMARAL, Maria Lúcia da Conceição Abrantes. - A proteção da confiança. In GOMES, Carla Amado. (Org.). *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012. [Em linha]. [Consult. 18 de julho de 2015]. Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf.
- ANDORNO, Roberto. - *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- ANDRADE, Manuel da Costa. - *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. - *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2008.
- AQUINO, Rubim Santos Leão.; et al. - *História das Sociedades*. 18.ª ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1988.

AQUINO, Tomás de. - *Summa Theologica*, I–II. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.newadvent.org/summa/>.

ARCHER, Luís Jorge Peixoto. - *Da Genética à Bioética*. Coimbra: Almedina, 2006.

AROUCA, Antônio Sérgio da Silva. - *O dilema preventivista*. São Paulo: UNESP, 2003.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. - *Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho*. *Revista de Mestrados da UFBA*, 2009, n. 19.

BARACAT, Eduardo Milleo. - *A Boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. - *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito – normas internacionais da bioética*. [Em linha]. [Consult. 29 de outubro de 2015]. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex024.htm>. p. 14.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. - *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. - *Princípios da bioética e do biodireito*. *Bioética*, v. 8, n. 2, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. - *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. - Regulamentação das relações de trabalho e a privacidade do trabalhador. *Anais. Conferência proferida no II Congresso de Magistrados Trabalhistas da Região Sudeste*. Ribeirão Preto - SP, nos dias 22 e 23 de novembro de 2001.

BELTRÃO, Silvio Romero. - *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTUCCI, Sidney.; et al. - *Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil*. Argentina, 2012.

BESSA, Marta Raquel Ribeiro. - *A densificação dos princípios da bioética em Portugal Estudo de caso: a atuação do CNECV*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 2013. Dissertação de Mestrado em Direito: Ciências Jurídico-Políticas.

BIANCHI, Diana.; et. Al., - *DNA Sequencing versus Standard Prenatal Aneuploidy Screening*. *N Engl J Med*, n. 370, p. 799-808, 27/02/2014.

BITTAR, Carlos Alberto. - *Os direitos da personalidade*. 5.^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, Norberto. - *Era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BOXER, Charles. - *A Idade do Ouro no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1982.

BRASIL - *Código civil brasileiro e legislação correlata*. 2.^a ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____- *Consolidação das Leis do Trabalho*. 1943. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

_____- *Constituição da República Federativa do Brasil*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____- *Lei 11.105 - Lei de Biossegurança*. 24/3/2005. [Em linha]. [Consult. 5 de maio de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm.

_____- *Lei n. 9.029 - Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*. 13/4/1995. [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM.

_____- *Projetos e Matérias Legislativas: Projeto Lei 149 de 1997*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1456.

BRUNET, Karina Schuch. - *Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas*. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 274, 2000.

BRUNO, Lúcia. (Org.) - *Educação, qualificação e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. - *Curso de Direito Constitucional*. 8.^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BUNDESVERFASSUNGSG - [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://bundesverfassungsgericht.de>.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos.; SILVA, Alex Lino da.; CHACON, Luís Fernando Rabelo. - *Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil Brasileiro*. Jus Brasil, set./2014. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/139246157/discriminacao-genetica-nas-relacoes-de-trabalho-e-responsabilidade-civil-sob-a-otica-do-codigo-civil-brasileiro>.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. - *Arbitragem, Alguns Aspectos do Processo e do Procedimento Jurídico na Lei 9.307/96*. São Paulo: Led Editora de Direito Ltda. 2000.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. - *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias: 1994.

CAMPANA, Gustavo Aguiar.; OPLUSTIL, Carmen Paz.; FARO, Lorena Brito de. - *Tendências em medicina laboratorial*. *J Bras Patol Med Lab*, v. 47, n. 4, p. 399-408, Agosto/2011.

CAMPOS, Alexandra de. - *Convenção Sobre Direitos do Homem e a Biomedicina*. *Direito da Saúde*, v. 19, n. 1, Jan.-Jun./2001.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. - *O papel dos direitos de personalidade no combate a discriminação por motivos genéticos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2012. Dissertação do curso de mestrado.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. - *Direito Constitucional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 44. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/47058648/CANOTILHO-Jose-Joaquim-Gomes-Direito-Constitucional#scribd>.

_____. - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. - *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

CAPELLETTI, Mauro. - *Juízes Irresponsáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

CAPRA, Fritjof. - *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARANDINI, Andrea. In GUARINELLO, Norberto Luiz. - *A Economia Antiga e a Arqueologia Rural: algumas reflexões*. São Paulo: Clássica, 1995.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. - Ciência e Ética: alguns aspectos. *Revista Ciência e Educação*, v. 5, n. 1, p. 1-6, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. - *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. - *Programa de Sociologia Jurídica*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CELLI, Robson Augusto. - Direitos e garantias individuais na fase inquisitorial do processo penal. Paraná, *Revista Eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 3, p. 154-167, Jan./Jul. 2009.

CEM, CÓDIGO DE ÉTICA DE MÉDICA - *Resolução 1931 de 2009*. [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm.

CENTRO DE GENOMAS - Doenças genéticas. *Carta Molecular*, n. 30, p. 1-2, 2011.

CHAUÍ, Marilena. - *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2010.

CHIARINI JÚNIOR, Eneás Castilho. - Alguns apontamentos sobre direitos humanos. Teresina, *Jus Navigandi*, n. 242, 6 mar. 2004. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4836/alguns-apontamentos-sobre-direitos-humanos>.

CÍCERO, Marco Túlio. *De Republica*. – III. [Em linha]. [Consult. 11 de maio de 2015]. Disponível em <http://arci01.bo.cnr.it/irrsaeer/lat/fonti/cicer.html>

CNECV, CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - *Institucional*. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.cneqv.pt>.

CNLC-SIDA, COMISSÃO NACIONAL DE LUTA CONTRA A SIDA - *Consulta solicitada pela Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA*. 2007. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://static.publico.pt/docs/sociedade/2007ConsultaComissaoNLCsida.pdf>.

CNS, CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE - *Resolução 196 de 1996*. (versão 2012). [Em linha]. [Consult. 10 de agosto de 2015]. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/23_out-versao_final_196_ENCEP2012.pdf.

_____- RESOLUÇÃO CNS 340/2004 – Diretrizes para Análise Ética a área de Genética Humana de 8 de julho de 2004. [Em linha]. [Consult. 11 de janeiro de 2017]. Disponível em http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_04.htm.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo - *Responsabilidade Civil Pré-Contratual em Direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. - *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de - *A Cidade Antiga*. Livro Terceiro. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. - *Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e a promoção de igualdade de oportunidades*. Brasília: OIT, 2005. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.

CRETELLA JÚNIOR, José. - *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUPIS, Adriano de. - *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DAVIES, Kevin. - *Seu genoma por mil dólares: a revolução no sequenciamento do DNA e a nova era da medicina preventiva*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - Setembro de 1981. Tradução Mônica Muniz. [Em linha]. [Consult. 11 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>.

DELGADO, Maurício Godinho. - *Curso de Direito do Trabalho* – 13.^a ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELUIZ, Neise. - *Formação do trabalhador: produtividade & cidadania*. Rio de Janeiro: Shape, 1995.

DERGINT, Augusto do Amaral - *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. - *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*. Publicado nos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, colec. Studia Iuridica, nº 61, Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. - *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1995.

_____. - 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *Cadernos de Direito e Cidadania II, Instituto de Estudos Direito e Cidadania*, IEDEC, 2000. [Em linha]. [Consult. 14 de julho de 2015]. Disponível em http://www.academia.edu/4831655/Maria_Sylvia_Zanella_di_Pietro_-_Direito_Administrativo_-_edugomes90.

DIAFÉRIA, Adriana. - Princípios estruturadores do direito à proteção do patrimônio genético humano e as informações genéticas contidas no genoma humano como bens de interesses difusos. In Carneiro F.; Emerick (Orgs.). *LIMITE – A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano*. Rio de Janeiro, FIOCRUZ, 2000.

DIAS, Jose de Aguiar. - *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena.- *O Estado Atual do Biodireito*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. - *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DRAY, Guilherme Machado. - *Código do Trabalho Anotado*. 6.^o ed. Lisboa: Almedina, 2008.

DUSHKIN, David. (Org.) - *Psychology Today*. Del Mar: CRM Books, 1970.

DWORKIN, Ronald. - *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel, 1994.

ECHTERHOFF, Gisele. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010.

EICH, Thomas. - *Sharia Versus Genetic Engineering? Humboldt Kosmos Foundation*. 2015. [Em linha]. [Consult. 21 de março de 2015]. Disponível em <https://www.humboldt-foundation.de/web/kosmos-humboldtiens-in-focus-92-2.html>.

ELLUL, Jacques. - *A Técnica e o Desafio do Século*. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

ENCICLOPÉDIA EINAUDI - *Modo de produção/desenvolvimento/subdesenvolvimento*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986, v. 7.

EPD, Escola Paulista de Direito - *O Conflito Entre o Poder do Empregador e a Privacidade do Empregado no Ambiente de Trabalho*, nov./2009. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.epd.edu.br/artigos/2009/09/o-conflito-entre-o-poder-do-empregador-e-privacidade-do-empregado-no-ambiente-de-tra>.

ERNANDES, Tycho Brahe - *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

ERS - Entidade Reguladora da Saúde - *Consentimento informado: relatório final*. Porto: ERS, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. - Discriminação por motivos genéticos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 36, p. 209-219, 2001.

FAP, Federação Acadêmica do Porto - *A entrada no mercado de trabalho*. Porto: Cidade das Profissões e Criação Livre, 2011.

FASSÒ, Guido. - *Historía de la Filosofía del Derecho*. Siglos XIX y XX. Madrid: Pirámide, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Diálogo das Fontes e o Direito Comparado como Fonte Formal do Direito do Trabalho Brasileiro. 49-56. In. *A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho*. Org. CLAUS, Ben-Hur Silveira; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. 2ª obra coletiva do FNPT. São Paulo: LTr, 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues - *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNANDES, António Monteiro. - *Direito do Trabalho* – 16.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRAZ, Sérgio. - *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

FRAGOSO, João Luis. - *Homens de Grossa Aventura: Acumulação e Hierarquia na Praça Mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. - Direitos privados da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 370, p. 10-11, Ago./1966.

FREGADOLLI, Luciana. - *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GAMA, André Couto E. - *Direito Civil: sistemas dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

GARRAFA, Volnei.; POSSINI, Leocir. - *Bioética: poder e injustiça*. 2.ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GENOMIKA - *A computação por trás dos exames de sequenciamento genético: A Era do Big Data na Medicina Genômica*. 28/4/2015. [Em linha]. [Consult. 11 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.genomika.com.br/blog/tecnologia/a-computacao-por-tras-dos-exames-de-sequenciamento-genetico-a-era-do-big-data-na-medicina-genomica>.

GIL, Antônio Carlos. - *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES, Orlando.; GOTTSCHALK, Elson. - *Curso de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. - *Introdução ao direito civil*. São Paulo: Forense, 2000.

GONÇALVES, Benjamin. - *Empresas e direitos humanos na perspectiva do trabalho decente*. São Paulo: Instituto Ethos, 2011.

GONZÁLEZ, Sonia Sánchez González - *Proyecto genoma humano visto desde el pensamiento de la complejidad*. *Acta Bioethica*, v. 14, n. 2, 2008.

GOULART, Maria Carolina Vaz.; *et al.* - Manipulação do genoma humano: ética e direito. Manipulation of the human genome: ethics and law. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, Supl. 1, p.1.709-1.713, 2010.

GRISOLIA, Santiago. - A Biotecnologia no terceiro milênio. In CASABONA, Carlos María Romero. (org.). *Biotecnologia, Direito e bioética. Perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUATTARI, Félix. - *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990.

GUERRA, Amadeu. - *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controle dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2004.

HABERMAS, Jürgen. - *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcio S. Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____ - *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. - *Intimidade genética & direito da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007.

HECK, José Nicolau. - Bioética: contexto histórico, desafios e responsabilidade. *Revista Internacional de Filosofia da Moral*, Florianópolis, Núcleo de Ética e Filosofia política do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 123-125, dezembro/2005.

HELDER, Raimundo. - *Como fazer análise documental*. Porto: Universidade de Algarve, 2006.

HELFERICH, Christoph. - *História da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. - *Indenização do Erro Judiciário e Danos em Geral Decorrentes do Serviço Judiciário*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.

HOTTOIS, Gilbert. - *O Paradigma Bioético: uma ética para a tecnociência*. Trad. Paula Reis. Lisboa: Salamandra, 1992.

IHGSC, INTERNATIONAL HUMAN GENOME SEQUENCING CONSORTIUM - Initial sequencing and analysis of the human genome. *Nature*, v. 409, n. 6.822, p. 860-921, 15/2/2001.

JHERING, Rudolf Von. - *A Luta pelo Direito*. 18.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JOAQUIM, Leyla Mariane.; EL-HANI, Charbel Niño. - A genética em transformação: crise e revisão do conceito de gene. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 93-128, 2010.

JUDAISM AND GENETIC ENGINEERING - *Religions* BBC, 21/07/2009. [Em linha]. [Consult. 12 de março de 2015]. Disponível em http://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/genetic_1.shtml.

JUSBRASIL - *Jurisprudência: TJ-DF – Apelação cível no juizado especial: ACJ 41575220028070009 DF 0004157-52.2002.807.0009*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7359979/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-41575220028070009-df-0004157-5220028070009>.

_____ - *Jurisprudência: TRF-1 – Apelação cível: AC 15523 DF 0015523-62.2006.4.01.3400*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22147199/apelacao-civel-ac-15523-df-0015523-6220064013400-trf1>.

_____ - *Jurisprudência: TRF-5 – Apelação Cível: AC 376546 PE 0002863-40.2004.4.05.8300*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8262296/apelacao-civel-ac-376546-pe-0002863-4020044058300>.

_____ - *Jurisprudência: TRT-15 – Recurso Ordinário: RO 31684 SP 031684/2007*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4525310/recurso-ordinario-ro-31684-sp-031684-2007/inteiro-teor-101664243>.

_____ - *Jurisprudência: TRT-20 – Recurso Ordinário: RECORD 1492200800420002 SE 01492-2008-004-20-00-2* [12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5603430/recurso-ordinario-record-1492200800420002-se-01492-2008-004-20-00-2>

_____ - *Jurisprudência: TST – Agravo de instrumento em recurso de revista: AIRR 206400720015020261 20640-07.2001.5.02.0261* [12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1820817/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-206400720015020261-20640-0720015020261/inteiro-teor-10195475>.

_____ - *Jurisprudência: TST – Recurso de revista: RR 4102001320085090594 410200-13.2008.5.09.0594*. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24145503/recurso-de-revista-rr-4102001320085090594-410200-1320085090594-tst>.

KANT, Immanuel. - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KORANYI, Hans. - *O pensamento de I. Kant*. São Paulo: Agência Editora Iris, 1959.

LADRIÈRE, Jean. - *Del sentido de la bioética*. Acta Bioethica. Año VI, nº 2, 2000.

LAKATOS, Eva Maria.; MARCONI, Marina de Andrade. - *Fundamentos de metodologia científica*. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Jose Rubens Morato.; BELLO FILHO, Ney De Barros. (Orgs.). - *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

LEITE, Márcia de Paula. - Reestruturação produtiva, trabalho e qualificação no Brasil. In Bruno, Lúcia. (Org.). *Educação e trabalho no capitalismo contemporâneo: leituras selecionadas*. São Paulo: Atlas, 1996.

LIMA, Hermes. - *Introdução à Ciência do Direito*. 33.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LIMA NETO, Francisco Vieira. - *O Direito de não sofrer discriminação genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUÑO. Antonio Enrique Pérez. - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

LUCENA, Marina Targino Soares de. - *Bioética e biodireito: o direito à privacidade dos dados genéticos como instrumento para se evitar a discriminação genética*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado.

MARQUES, Leonardo Arantes. - *História das Religiões - E a Dialética do Sagrado*. São Paulo: Madras, 2005.

MARTINS, João Nuno Zenha. - *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?* Oeiras: Celta Editora, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. - *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. - Bioética e biodireito. In BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. - *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Leonel Itaussu.; COSTA, Luís César Amad. - *História Antiga e Medieval*. São Paulo: Scipione, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. - *Curso de Direito Constitucional*. 9.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIDIC, MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, Indústria e Comércio Exterior. - *Comissão Ética: função*. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=1&menu=2399>.

MINARÉ, Reginaldo Lopes. - Bioética. *Revista Parcerias Estratégicas*, n. 16. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, outubro/2002.

MIRALLES, Ángela Aparisi. - *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

MIRANDA, Camila de Almeida. - A utilização de dados genéticos do trabalhador como fator de Discriminação nas relações de emprego. *Revista Direito UNIFACS*, n. 2.091, Março/2013. [Em linha]. [Consult. 5 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2880/2091>.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 2. Coimbra: Coimbra editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge.; MEDEIROS, Rui. - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- MORGADO, Mariana - *Intervenções no genoma humano: problemática ético- jurídica*. Revista Jurídica Luso Brasileira - ISSN 2183-539X, 2016.
- MONTEIRO, Antônio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. - *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOORE, Charles Alexander. - *Filosofia: Ocidente e Oriente*. São Paulo: Cultrix, 1978.
- MORAES FILHO, Evaristo de. - *Tratado Elementar de Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1984.
- MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - *A informações genéticas e o direito fundamental do trabalho: a discriminação e o consentimento livre e esclarecido*. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2014. Dissertação de Mestrado.
- MORAES, Alexandre de - *Direitos humanos Fundamentais: Teoria Geral Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil Doutrina e Jurisprudência*. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Vital.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. - *Constituição da República Portuguesa: Anotada*. v. 1, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MORIN, Edgar. - *Ciência com consciência*. 8.^a ed. Tradução de Maria. D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Edição revisada pelo autor. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- MTE, MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - *Portaria n. 1.246/00, de 28 de maio de 2010*. [10 de agosto de 2015]. Disponível em [ttp://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-246-de-28-05-2010.htm](http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-246-de-28-05-2010.htm)
- _____ - *Portaria nº 1.246/00, de 28 de maio de 2010*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/portaria-n-1-246-de-28-05-2010.htm>
- MYSZCZUK, Ana Paula.; MEIRELLES, Jussara Maria de Leal de. - testes genéticos, eugenia e contrato do trabalho: análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. *Anais. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 1.117-1.220. São Paulo: CONPEDI, 2009.
- NADER, Paulo. - *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. - *Conceito Contemporâneo de Direito do trabalho*. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas: Revista da PRT15, n 1, 1999.
- NASCIMENTO, Walter Vieira. - *História do Direito*. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. - *Flexibilização do Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. - Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. *Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ)*, Edital nº 9, 2011. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.

NUNES, Rui. - *GeneÉtica*. Lisboa: Almedina, 2013.

OIT, Organização Internacional do Trabalho - Igualdade no trabalho: enfrentar os desafios. *Relatório Global da Conferência Internacional do Trabalho*, 96ª Sessão, 2007.

_____. - *Igualdade no trabalho: um desafio contínuo*. *Relatório Global da Conferência Internacional do Trabalho*, 100ª Sessão, 2011.

_____. - *Institucional*. 2015. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>.

_____. - *Lisboa: Trabalho digno para todos*. 2015. [Em linha]. [Consult. 11 julho 2015]. Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm.

OLIVEIRA, Simone Born de. - *Da bioética ao biodireito – manipulação genética e dignidade humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. - O Princípio da não discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.176, 20/09/2006. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/8950>.

OLIVEIRA, José Carlos de. - *Responsabilidade Patrimonial do Estado: Danos Decorrentes de Enchentes, Vendavais e Deslizamentos*. São Paulo: EDIPRO, 1995.

OLIVEIRA, José Sebastião de.; HAMMERSCHMIDT, Denise. - Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 176-190, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. (Org.) - *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2001.

ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Declaração Universal dos Direitos humanos de 10 de dezembro de 1948*. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>.

_____. - *Resolutions: 2200 XXI*. 16/12/1966. [Em linha]. [Consult. 11 de março 2015]. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/IMG/NR000503.pdf?OpenElement>.

ORDEM DOS MÉDICOS DE PORTUGAL - *hipocratis opera vera et adscripta Tomus Quartus*, p. 197-198-199, *Lausanne MDCCLXXI*, 1771. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em https://www.ordemdosmedicos.pt/send_file.php?tid=ZmljaGVpcm9z&did=02f039058bd48307e6f653a2005c9dd2.

ORGAZ, Alfredo. - *Personas Individuales*. Buenos Aires: Depalma, 1947.

OSSEGE, Albany.; GARRAFA, Volnei. - Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores. *Saúde em Debate*, v. 39, n. 104, p. 226-238, jan.-mar./2015.

OTERO, Paulo. - *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PADELA, Aasim. - Islamic Medical Ethics. *Bioethics*, v. 21, n. 3, p. 169-178, 2007.

PASCAL, Blaise. - *Pensamentos*, item 365. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.orst.edu/instruct/phl302/texts/pascal/pensees-a.html>.

PERUTZ, Max Ferdinand. - *Is Science Necessary? Essays on Science and Scientists*. New York: E. P. Dutton, 1989.

PETTERLE, Selma Rodrigues. - *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. - *Responsabilidade pré-contratual na recusa da efetivação do contrato de trabalho após o exame médico admissional*. Texto para Discussão da Università degli Studi di Roma Tor Vergata em cotutela internacional com a Universidade Federal de Minas Gerais. Nov./2011. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=75814c64e85b3353>.

PITHAN. Livia Haygert. - *A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não ressuscitação hospitalares*. Porto Alegre: EDPUCRS, 2004.

PORCIONATTO, Marimélia Aparecida. - Projeto Genoma Humano: Uma Leitura Atenta do Livro da Vida? *Circumscribere*, v. 2, p. 61-63, 2007.

PORTUGAL - Acórdão 368 de 2002, Relator: Cons. Artur Maurício. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/PesquisaAcordao.mvc>.

_____ - Acórdãos STJ: Proc. nº 07S3793 de 24/09/2008. [Em linha]. [Consult. 11 de agosto de 2015]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/49966cc639b7e268802574d6002c6b95>.

_____ - *Código Civil Português. Atualizado, 1966*. [Em linha]. [Consult. 12 de junho de 2015]. Disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf.

_____ - *Código do Trabalho Português. 2009*. [Em linha]. [Consult. 28 de abril de 2015]. Disponível em <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>.

_____ - *Constituição da República Portuguesa (VII Revisão Constitucional de 2005). Assembleia da República 1976*. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>.

_____ - *Decreto Lei n. 131, princípios inerentes à realização e disponibilização de testes genéticos, 29/8/2014*. [Em linha]. [Consult. 17 de julho de 2015]. Disponível em

http://sanchoeassociados.com/DireitoMedicina/Omlegissum/legislacao2014/Agosto/DecLei_131_2014.pdf p.4588-4590.

_____. - *Lei 67, Lei da Proteção de dados pessoais, 26/10/1998*. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm.

_____. - *Lei n. 12, Informação genética pessoal e informação de saúde. 26/01/2005*. [Em linha]. [Consult. 17 de julho de 2015]. Disponível em https://www.ibmcc.up.pt/sites/default/files/Lei_12-2005%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20gen%C3%A9tica%20Pessoal%20e%20Informa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Sa%C3%BAde.pdf.

POSELLA, Lamartine. - *Projeto de Lei n. 4.661, de 2001. Diário da Câmara dos Deputados, p. 22519-22520, 19 de maio de 2001*. [Em linha]. [Consult. 16 de abril de 2015]. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19MAI2001.pdf#page=47>.

POTTER, Van Rensselaer. - Bioethics, the science of survival. *Perspectives in Biology and Medicine*, v. 14, n. 1, p. 127-153, 1970.

PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro. - *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado: Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil. [Em linha]. [Consult. 11 de julho de 2015]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28478/1/Responsabilidade%20pre-contratual%20por%20ruptura.pdf>.

QUINTAS, Paula do Couto. - *Manual de direito da segurança e saúde no trabalho – 2.ª ed.* Coimbra: Almedina, 2011.

_____. - *Os direitos da Personalidade Consagrados no Código do Trabalho na Perspectiva Exclusiva do Trabalhador Subordinado – Direitos (Des)Figurados*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

RAMALHO, João Antonio. - *Ensaio: a pequena enciclopédia dos problemas de filosofia*. Rio de Janeiro: 1979.

RAMOS, Fernanda Peres.; SILVA, Marcos Rodrigues da.; ARRUDA, Sérgio de Mello.; PASSOS, Marinez Meneghello. - Evidências no discurso acadêmico sobre o Projeto Genoma Humano: entre o discurso epistemológico e a apropriação de uma abordagem social. *Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias*, v. 13, n. 3, p. 373-394, 2014.

RAMOS, Roberto Carlos. - *O fundamentalismo Islâmico e o terrorismo: das origens ao desafio do século XXI*. Beira: Universidade Católica Portuguesa, 2012. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Governação e Relações Internacionais.

RAUBER, Jaime José. - *O Problema da Universalização em Ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Coleção de Filosofia, n. 104, 1999.

REIS, João Pereira. - *Direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

- REALE, Giovanni. - *História da Filosofia Antiga*. 3.^a ed. São Paulo: Paulus, 2007.
- REALE, Miguel. - *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____ - *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____ - *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REDHEAD, Brian. - *Pensamento Político: de Platão à Otan*. Rio de Janeiro: Imago, 1989.
- REZENDE, Joffre Marcondes de. - *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Unifesp, 2009.
- RIBEIRO, Darcy. - *O Povo Brasileiro. Formação e o Sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- RICOEUR, Paul. - *Tempo e a Narrativa*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ROCHA, António da Silva. - *Ética, Deontologia e Responsabilidade Social*. Lisboa: Grupo Editorial Vida Econômica, 2010.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. - Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação, Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 111, p. 79-112, jul.- set./1991.
- RODRIGUES. Marcus Vinicius Carvalho. - *Qualidade de vida no trabalho*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- ROSNER, Fred. - *The Genome Project and Jewish Law*. *My Jewish Learning*, Fev./2009. [Em linha]. [Consult. 12 de março de 2015]. Disponível em <http://www.myjewishlearning.com/article/the-genome-project-and-jewish-law/2>.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. - *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. 2.^a ed. Editora: Belo Horizonte, 2003.
- SALDANHA, Nuno. Novo Regulamento Geral de proteção de dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar? Lisboa: FCA, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Souza. - *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SANTOS, Laymert Garcia dos. - Tecnologia e seleção: Variações sobre o futuro do humano. In MARTINS, Hermínio.; GARCIA, José Luís. (orgs.). *Dilemas da Civilização Tecnológica*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. - *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. - *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.^a ed. revisada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. - *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.) - *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang.; PETERLE, Selma Rodrigues. - A Pesquisa com Seres Humanos e os Parâmetros Protetivos. *Chapecó*, v. 15, n. 1, p. 13-38, jan./jun. 2014.

SCHRAMM, Fermin Roland. - Algumas controvérsias semânticas e morais acerca do acesso e do uso do genoma humano. In CARNEIRO, Fernanda.; EMERICK, Maria Celeste. (Orgs.). *Limite: A Ética e o Debate Jurídico sobre Acesso e Uso do Genoma Humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2000. [Em linha]. [Consult. 10 de junho de 2015]. Disponível em <http://www.ghente.org/publicacoes/limite/controversias.pdf>.

SENECA, Lucius Annaeus. - *Seneca's Epistles Volume I*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_1.html.

_____. - *Seneca's Epistles Volume II*. [Em linha]. [Consult. 15 de agosto de 2015]. Disponível em http://www.stoics.com/seneca_epistles_book_2.html.

SGRECCIA, Elio. - *Manual de Bioética: I Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 1996.

SICHES, Luis Recasens. - *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. - *Constituição, discriminação genética e relações de trabalho*. *Revista de Direito do Trabalho*, 2009, RDT 133.

SILVA, Hebe Mara Sá. - Danos Morais na fase pré-contratual das relações individuais trabalhistas. *Anais. Conselho Nacional de Pesquisa em Pós-graduação em Direito*, Salvador, p. 5.189-5.208, 2007. [Em linha]. [Consult. 14 de julho de 2015]. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hebe_mara_sa_silva.pdf.

SILVA, Juary. - *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos: Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1985.

SILVA, Paula Martinho da. - *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

SIMÓN, Sandra Lia. - *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTR, 2000.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. - Eutanásia e compaixão. *Revista Brasileira de Cancerologia*, v. 50, n. 4, p. 334-340, 2004.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos. - Tradições de Conhecimento para a Gestão Colonial da Desigualdade. Reflexões a partir da Administração Indigenista no Brasil. In: Cristiana Bastos, Miguel Vale de Almeida, Bela Feldman-Bianco (coords.). *Trânsitos Coloniais: Diálogos Críticos Luso-Brasileiros*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2001.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. - *Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade*. São Paulo: Manole, 2002.

SOUZA, Valdomiro José de. - *Projeto Genoma Humano*. São Paulo: Loyola, 2004.

SOUZA, José Guilherme de. - *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

STRENGER, Irineu. - *História da Filosofia*. São Paulo: LTr, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo.; MARANHÃO, Délio.; VIANNA, Segadas.; TEIXEIRA, Lima. - *Instituições de Direito do trabalho*. Vol. 1, 21.^a ed. São Paulo: LTr, 2003.

TAVARES, Luís Henrique Dias. - *Comércio Proibido de Escravos*. São Paulo: Ática, 1988.

TEMER, Michel. - *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. - *Journeys to England and Ireland*, London: Ed. Mayer, 1958, p. 108. [Em linha]. [Consult. 12 de abril de 2015]. Disponível em <https://archive.org/stream/journeystoenglan013498mbp#page/n5/mode/2up>.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. - *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

U.S. DEPARTMENT OF ENERGY HUMAN GENOME - What is genetic discrimination? Genetics Home Reference, 3/8/2015. [Em linha]. [Consult. 12 de agosto de 2015]. Disponível em <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/discrimination>.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. - *Philosophy of nature in Stoicism*. *Filosofia Unisinos* - 9.1 (2008): 5-11.

UNESCO, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - *Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Tradução Regina Coeli. 1997. [Em linha]. [Consult. 10 de maio de 2015]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

_____. - *Declaração Internacional Sobre Dados Genéticos Humanos*. Tradução Comissão da UNESCO Portugal. 2004. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf.

_____. - *Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos*. Tradução Comissão da UNESCO Portugal. 2005. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

_____. - *Proibição de clonagem humana pela Assembleia Geral vai ser reconsiderada*. 13/10/2008. [Em linha]. [Consult. 1 de maio de 2015]. Disponível em <http://www.unric.org/pt/actualidade/20150>.

UNITED NATIONS - *Home*. 2015. [Em linha]. [Consult. 11 de março de 2015]. Disponível em <http://www.un.org/en/index.html>.

VARGA, Andrew. - *Problemas de bioética*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. - *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1998.

VAZ, Manuel Afonso. - O tempo e a efetivação dos direitos fundamentais. In: GOMES, Carla Amado. (Org.). V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2012. [Em linha]. [Consult. 18 de julho de 2015]. Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf.

VÁZQUEZ, Adolfo Sanchez. - *Ética*. Tradução João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

VERGER, Pierre. - Fluxo e Refluxo do Tráfico de Escravos entre o Golfo de Benin e a Bahia de Todos os Santos. *Séculos XVIII e XIX*. São Paulo: Currupio, 1987.

VIANA, Roberto Camilo Leles. - *Pode o Empregador ter Acesso à Informação Genética do Trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013.

VIANNA, Segadas. *et al.*- *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I. São Paulo: LTr, 1997.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. - *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: Consulex, 2006.

WARAT, Luís Alberto. - *Introdução Geral ao Direito*, v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. - *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, UnB, 1999-2000.

WILKIE, Tom. - *Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

WINTER, Lairton Moacir. - A Concepção de Estado e poder político em Maquiavel. *Tempo da Ciência*, v. 13, n. 25, p. 117-128, 1º semestre/2006.

WOTSON, James Dewey. - *DNA: o segredo da vida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WYLLIE, Eduardo. - *Economia da Internet*. Rio de Janeiro: Excel Books do Brasil Editora, 2000.

XAVIER, Bernardo - *O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras*. Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Almedina. Coordenador: José de Oliveira Ascensão. Fevereiro 2005.

ZAHEDI, Farzaneh.; LARIJANI, Bagher. - *Medical genetic ethics, Islamic views and considerations*. in Iran. Daru v. 14, n. 1, p. 48-55, jan./2006.

ZATZ, Mayana. - Projeto Genoma Humano e Ética. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 47-52, 2000.