



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**O GENOMA HUMANO E O DIREITO AO TRABALHO
A REALIZAÇÃO DE TESTES GENÉTICOS PREDITIVOS NO ÂMBITO
DA CONTRATAÇÃO LABORAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Fabio Goulart Villela

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do candidato: 20150283

Maio de 2018

Lisboa

AGRADECIMENTOS

À minha amada mãe Tania Regina Goulart Villela, por tudo que sou e pela pessoa que me tornei.

À minha querida esposa Elícia de Oliveira Soares Melo, pelo companheirismo, cumplicidade e incessante apoio nesta trajetória acadêmica.

Ao meu amado filho Gabriel de Paiva Villela, pela compreensão nos momentos de ausência.

À minha estimada sogra Dalva de Oliveira Egger, por acreditar que tudo isto seria possível.

À Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, por toda inestimável atenção e intensa dedicação durante todo o desenvolvimento deste trabalho, agraciando-me com uma orientação marcada pela excelência que lhe é peculiar.

Aos seletos amigos Simão Aznar e Carla Dolezel, por me permitirem vivenciar esta experiência fascinante, que contribuiu, em muito, para o meu aperfeiçoamento como estudante do Direito.

Aos amigos Ana Carolina Casagrande Nogueira e José Geraldo Pacheco Gomes, pela valorosa colaboração no trabalho de pesquisa e de revisão desta dissertação.

RESUMO

O vertiginoso avanço registrado nas últimas décadas no campo da genética e da biologia molecular tem acarretado uma autêntica revolução no âmbito das ciências da vida, em relação à qual o Direito não deve quedar-se indiferente. O Projeto Genoma Humano permitirá analisar o mais íntimo do ser humano, bem como modificar a sua constituição genética. A partir da realização de testes genéticos, poder-se-á predizer, com grande antecedência, doenças que indivíduos aparentemente são virão a sofrer, assim como prever as suas predisposições para determinadas enfermidades. Não obstante as suas inúmeras vantagens, a evolução da medicina preditiva também constitui uma ameaça, pois possibilita a rotulagem de seres humanos. Quando se destina a certas finalidades, abre a possibilidade de originar resultados bastante pejorativos ao permitir diagnosticar, precocemente, características hereditárias dos indivíduos antes que se revelem. Logo, pode configurar um instrumento de ilegítima discriminação social. No que concerne às repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral, indaga-se se à entidade patronal assiste o direito de submeter o trabalhador à realização de testes genéticos preditivos para efeitos de seleção de pessoal ou de despedimento. Assim, discute-se se ao empregador é permitido exigir a realização de exames que não visam à deteção de uma incapacidade laborativa atual, mas de uma mera predição de doenças futuras ou predisposições, com vistas a subsidiar a sua decisão acerca da contratação do candidato a emprego ou da manutenção do contrato de trabalho de seu empregado. As diferentes posições sobre o assunto estão longe de alcançar um consenso, produzindo uma vastidão de argumentos para estudo. Desta forma, todas estas perspectivas devem ser ponderadas, levando-se em conta, de um lado, a livre iniciativa econômica, a autonomia da vontade privada e o direito de propriedade e, de outro, a dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho, a igualdade de oportunidades e de tratamento e a não discriminação, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a autodeterminação informacional. A necessidade deste exercício de ponderação decorre do ponto referencial de que os direitos fundamentais são destituídos de natureza absoluta, sendo, por isso, passíveis de otimização. Deve-se procurar uma solução razoável, procedendo a uma tarefa de consideração de interesses em presença, por intermédio do princípio da concordância prática ou da harmonização, sempre com vistas à unidade constitucional.

Palavras-chave: genoma, trabalho, testes genéticos, discriminação.

ABSTRACT

The vertiginous advance seen in the fields of genetics and molecular biology during the last decades has prompted a veritable revolution within the life sciences, to which the study of Law is not to be indifferent. The Human Genome Project will make it possible to analyze that which is the most intimate in the human being, to foresee its diseases or its predispositions, as well as to modify its genetic makeup. Through the performance of genetic testing, it will be possible to foretell, far in advance, from which diseases apparently healthy individuals will be suffering, as well as predict their predispositions to specific maladies. Yet, despite its numerous advantages, the evolution of predictive medicine poses also a threat, in that it enables the labeling of human beings. When it is intended for certain purposes, it opens up possibilities of bringing about fairly deleterious results, by enabling the precocious diagnosis of hereditary traits in individuals before they become manifest. This may therefore become an instrument for unlawful social discrimination. Furthermore, in the context of the repercussions of human genome analysis as related to job recruitment, it is fair to question if it is within the right of an employer to submit an employee to the performance of predictive genetic tests for the purpose of hiring or laying off personnel. In that regard, one may discuss if employers should be allowed to require the performance of exams that are not intended for the detection of a current labor incapacity, but for a mere prediction of future ailments or predispositions, with the aim of facilitating their decision concerning the hiring of a job applicant or the continuity of an employment contract with an employee. Distinct opinions on the subject are currently far from reaching a consensus, thus providing a broad diversity of arguments for this study. All perspectives must therefore be pondered, by taking into account, on the one hand, the freedom of economic initiative, the autonomy of private will and the right to property and, on the other hand, the dignity of the human person, the right to work, the equality of opportunity and treatment and non-discrimination, the right to respect to one's private and family life and informational self-determination. The need for this exercise in pondering stems from the fact that fundamental rights are devoid of any absolute nature, being, thus, capable of optimization. A reasonable solution is to be sought, by performing a task of considering the interests present, by means of the principle of practical concordance or of harmonisation, always with a view to the constitutional unity.

Key-words: genome, work, genetic testing, discrimination.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	5
ABSTRACT	7
INTRODUÇÃO	11
1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E OS LIMITES AOS PODERES DO EMPREGADOR.....	23
1.1. - A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica democrática.....	23
1.2. - A dignidade humana no constitucionalismo luso-brasileiro	38
1.3. - Os aspectos multidimensionais do direito fundamental ao trabalho	51
1.4. - O direito ao trabalho digno como limite aos poderes do empregador	67
2. O GENOMA HUMANO E A EVOLUÇÃO DA MEDICINA PREDITIVA.....	85
2.1. - O acesso sequencial ao genoma humano e o avanço científico nos campos da genética e da biologia molecular.....	85
2.2. - O genoma humano como patrimônio comum da humanidade: o sistema jurídico internacional de proteção.....	99
2.3. - O desenvolvimento da medicina preditiva e seus desafios: a necessidade de construção de uma “ética da responsabilidade”	121
3. A ANÁLISE DO GENOMA HUMANO E AS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	137
3.1. - O princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento nas relações de trabalho: a proibição à discriminação.....	137

3.2. - O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador	155
3.3. - As repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral ..	178
4. OS TESTES GENÉTICOS PREDITIVOS E A CONTRATAÇÃO LABORAL.....	197
4.1. - A restrição de direitos fundamentais nas relações de trabalho.....	197
4.2. - A realização de testes genéticos preditivos para efeito de seleção de pessoal e de despedimento: a busca de uma solução ponderativa	218
4.2.1. - O direito à autodeterminação informacional	225
4.2.2. - O direito ao livre consentimento esclarecido	235
4.3. - Os critérios para a submissão de trabalhadores a testes genéticos preditivos: uma proposta de solução ao problema equacionado	247
CONCLUSÃO	269
REFERÊNCIAS	279

INTRODUÇÃO

O vertiginoso avanço registrado nas últimas décadas no campo da genética e da biologia molecular acarretou uma autêntica revolução no âmbito das ciências da vida, em relação à qual o Direito não deve quedar-se indiferente, a fim de que possa ser capaz de apresentar soluções adequadas aos diversos problemas que emergem dos desdobramentos da ampliação do conhecimento científico na seara das relações intersubjetivas.

A descoberta do genoma humano é a grande aventura do nosso tempo, pois o domínio dos genes que constituem a base biológica do ser humano permite o controle dos caracteres hereditários deste, o que constitui, de fato, um dos mais importantes desenvolvimentos da ciência e da medicina contemporâneas¹.

Descortina-se um futuro no qual todos os cerca de cem mil genes constitutivos do legado genético da espécie humana serão patenteados, de modo a revelar uma nova anatomia do ser humano, transformando a medicina do século XXI, que será capaz de prever, com um grau de probabilidade e fiabilidade muito variável, um grande número de determinações genéticas e predisposições próprias de uma pessoa, no que diz respeito à sua saúde atual e futura, às suas características físicas, às suas características comportamentais e psicológicas e às suas filiações étnicas e genealógicas².

O Projeto Genoma Humano traduziu-se no esforço da pesquisa internacional para sequenciar e mapear todos os genes dos seres humanos. Iniciado em 1990 e projetado para ter a duração de quinze anos, foi coordenado pelo Departamento de Energia dos Estados Unidos da América e pelos seus Institutos Nacionais de Saúde³. Seus objetivos foram: identificar todos os genes do DNA humano; determinar as sequências dos pares de bases químicas que compõem

¹ ARCHER, Luís – Genoma e intimidade. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994), p. 65.

² SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 18-19.

³ “O Projeto Genoma Humano não poderia ter sido completado tão rápida e efetivamente sem a forte participação de instituições internacionais. Nos Estados Unidos, os contribuintes para o esforço incluem os Institutos Nacionais de Saúde (NIH), que começaram a participar em 1988, quando criaram o Office for Human Genome Research, posteriormente atualizado para o National Center for Human Genome Research em 1990 e depois o National Human Genome Research Institute (NHGRI) em 1997; e o Departamento de Energia dos EUA (DOE), onde as discussões do HGP começaram no início de 1984. No entanto, quase todo o sequenciamento real do genoma foi conduzido em várias universidades e centros de pesquisa em todos os Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha, Japão e China”. NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE – **About the Human Genome Project** [Em linha]. [Consult. 30 Dez. 2017]. Disponível em <https://www.genome.gov/11006943/human-genome-project-completion-frequently-asked-questions/>.

o DNA humano; armazenar essas informações em bancos de dados; melhorar os instrumentos de análise dos dados; transferir tecnologias relacionadas com o setor privado; e abordar as questões éticas, legais e sociais que pudessem surgir a partir do projeto⁴.

Em 14 de abril de 2003, o Instituto Nacional de Pesquisa do Genoma Humano, o Departamento de Energia e seus parceiros no Consórcio Internacional de Sequenciamento do Genoma Humano divulgaram a conclusão bem-sucedida do referido projeto, com o anúncio da decodificação de 99% do genoma humano, proporcionando, assim, a análise do mais íntimo do ser humano, a prevenção de doenças ou predisposições, bem como a modificação da própria constituição genética.

Com a realização de testes genéticos, é possível prever, com antecedência, doenças que indivíduos aparentemente são virão a sofrer, assim como prever as suas predisposições para determinadas enfermidades⁵. Estes exames visam a aferir se um ou vários genes estão presentes ou não num determinado genoma, a fim de que se possa identificar o risco de cada indivíduo de não só padecer de uma enfermidade concreta, mas também de transmiti-la à sua descendência. Verifica-se, portanto, que será permitida a descrição do perfil genômico de todas as pessoas, atestando a existência ou não de genes responsáveis por doenças monogênicas⁶ e de genes de predisposição para enfermidades multifatoriais⁷.

Surge, desta forma, uma nova classe de doentes: os assintomáticos; ou seja, aqueles que têm saúde na vida, mas doença no genoma. Por meio de uma avaliação genética que tem por escopo decifrar as mensagens adulteradas e com expressão tardia contidas no genoma de cada indivíduo, a medicina preditiva é capaz de prever, com bastante antecipação, o momento e o modo em que se verificará a eclosão sintomatológica de uma determinada enfermidade⁸.

⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 18.

⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 85.

⁶ “O diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas possibilita descobrir 10 ou 20 anos antes de existir qualquer sinal uma alteração genética que, com uma probabilidade de cerca de 100%, se revelará numa determinada doença”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 87.

⁷ O diagnóstico de predisposição permite verificar se a pessoa é portadora de um gene que lhe acarrete uma possibilidade superior à maioria das pessoas para contrair determinada doença, que é fruto de um conjunto de fatores genéticos e ambientais.

⁸ SANTOS, Agostinho de Almeida – Os pilares da nova genética. Eficácia, prudência, razão. **Communio - Revista Internacional Católica**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. Ano XIV, nº 5 (Out. 1997), p. 456.

Apesar das suas inúmeras vantagens, esta revolução na medicina também constitui uma ameaça, pois possibilita a rotulagem de seres humanos. Quando se destina a certas finalidades, permite originar resultados muito pejorativos ao diagnosticar, precocemente, características hereditárias dos indivíduos antes que se revelem, sendo capazes de configurar um instrumento de ilegítima discriminação social⁹.

A partir do progresso da genética¹⁰, a prevenção vai tornar-se individual, dependente das características da pessoa, podendo conduzir a estigmas e discriminações. Uma utilização abusiva dos dados genéticos de um indivíduo pode mesmo vir a revolucionar os fundamentos da nossa sociedade. Perfila-se, então, a tenebrosa sombra de uma nova eugenia e ressurge o fantasma do determinismo biológico do comportamento humano¹¹.

A diversidade é um direito inerente à própria essência humana, a partir do qual se constrói o equilíbrio social. Como leciona Diogo Leite de Campos: “Cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade”¹².

Por esta razão é que a Constituição da República Portuguesa, ao dispor sobre os direitos, liberdades e garantias, em seu artigo 26º, nº 3, prevê expressamente 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 científica¹³.

No Brasil, o artigo 225, § 1º, inciso II, da Constituição da República de 1988, visando a assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelece que incumbem ao Poder Público a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do país e a fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético¹⁴.

Nas palavras de Luís Archer:

⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Contratos de trabalho em face das novas possibilidades de diagnóstico. **Brotéria – Revista de Cultura**. Lisboa. Vol. 150, nº 5/6 (Mai.–Jun. 2000), p. 593.

¹⁰ A genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos progenitores aos descendentes, bem como a formação e evolução das espécies animais e vegetais. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 17.

¹¹ SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 20.

¹² CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de direitos da personalidade**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 22.

¹³ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 34.

¹⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

“A investigação biomédica é uma actividade *do* Homem *sobre* o Homem e *para* os Homens. São seres humanos o sujeito, o objecto e objectivo dessa investigação.

O sujeito - o investigador - deve estar motivado, em solidariedade ontológica, pela beneficência. O objecto da investigação - o indivíduo testado, no seu todo ou nos seus elementos - tem direito à plena autonomia da sua autorrealização. O objetivo da investigação – a terapia – tem de ser cumprido numa justiça não-discriminatória¹⁵.

Vislumbra-se a necessidade do desenvolvimento de uma “ética da responsabilidade”, com base na premissa de que o absoluto não é o conhecimento científico, mas o próprio ser humano, para que possam ser fixados princípios normativos e uma nova geração de direitos, com destaque para o direito a um património genético não manipulado¹⁶.

Nenhuma pessoa se resume ao seu genoma e, portanto, não reside na sua análise o traço distintivo da liberdade humana, mas, pelo contrário, “numa hermenêutica dos testemunhos e figuras que permitem atestar a forma particular como cada um assume os limites, como se faz ser relacional, como configura as suas possibilidades e significa interativamente a pertença às suas circunstâncias”¹⁷.

Stela Barbas destaca que a pessoa é existência unificadora de uma diversidade de faculdades vitais, de modo que toda a unidade se refere à diversidade e toda a diversidade chama à colação a unificação. “Não existe apenas do ponto de vista genómico, posto haver uma dimensão racional, espiritual e uma vivência ambiental”¹⁸. A partir desta premissa é que a prestigiada autora nos apresenta um conceito abrangente de património genético:

“(…) no sentido de universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambientais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois transmitir”¹⁹.

¹⁵ ARCHER, Luís – Dimensões éticas da investigação biomédica. **Brotéria – Cultura e Informação**. Lisboa. Vol. 146, nº 2 (Fev. 1998), p. 181.

¹⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 12.

¹⁷ SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 17.

¹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 172.

¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 17. Ressalta, ainda, que a pessoa humana não se resume à sua carga genética, sendo dotada de sociabilidade, assim como, sob uma visão religiosa, de alma e espírito, atribuindo-lhe uma dimensão de carácter evolutivo, em constante mutação.

A redução do ser humano à sua concepção meramente biológica implica enveredar no caminho do simplismo, dispensando-lhe um tratamento como coisa, de modo a suprimir aquilo que caracteriza a própria dimensão de humano.

Impõe-se, por isso, uma profunda reflexão sobre a amplitude destas mudanças, de molde a que o progresso da ciência não constitua um atropelo a direitos fundamentais que encontram na dignidade da pessoa humana um valor intangível²⁰, como o direito ao trabalho, que constitui um relevante mecanismo de inclusão social e de reafirmação da cidadania²¹.

O presente trabalho não pretende abordar os aspectos técnicos relacionados à estrutura do genoma humano, tampouco adentrar no fantástico e instigante mundo da genética. Trata-se de um estudo eminentemente jurídico, com ênfase no direito luso-brasileiro, e que tem por objetivo principal verificar se à entidade patronal assiste o direito de submeter o trabalhador à realização de testes genéticos preditivos para efeito de seleção ou de despedimento no âmbito das relações laborais.

Assim, busca-se aferir se ao empregador é permitido exigir a realização de exames que não visam à detecção de uma incapacidade laborativa atual, mas de uma mera predição de doenças futuras ou predisposições, com vistas a subsidiar a sua decisão acerca da contratação do candidato a emprego ou da manutenção do contrato de trabalho de seu empregado.

Preliminarmente, como antecedente lógico e necessário à compreensão do objeto da pesquisa, o primeiro capítulo será dedicado ao estudo do direito fundamental ao trabalho e dos limites aos poderes do empregador.

Partindo-se da centralidade que a pessoa humana passou a ocupar na ordem jurídica democrática no período Pós-Segunda Guerra Mundial, da concepção de dignidade humana no constitucionalismo luso-brasileiro e dos aspectos multidimensionais do direito fundamental ao trabalho, abordar-se-á o direito ao trabalho digno como limite aos poderes do empregador.

O poder empregatício é inerente ao contrato de trabalho e, por meio dele, o Direito confere ao empregador o poder organizativo e regente sobre seu empreendimento, inclusive a prestação de serviços, com a vantagem de usufruir da situação jurídica de subordinação de seus empregados. A racionalização e atenuação dos poderes do empregador, em suas diversas dimensões – diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar –, não inviabiliza ou restringe o

²⁰ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 3.

²¹ De qualquer sorte, apesar de todos os dilemas e desafios que se apresentam em decorrência deste avanço científico, o produto do Projeto Genoma Humano será uma rica base de dados biológicos, acessível ao público, que poderá fazer frente às causas de milhares de doenças.

bom funcionamento da livre iniciativa. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social, colocando a livre iniciativa como valor social ao lado, e não acima, do valor social do trabalho humano²².

Em seguida, no segundo capítulo, apreciar-se-á o tema relativo ao genoma humano e à evolução da medicina preditiva, analisando-se o acesso sequencial ao genoma humano e o avanço científico nos campos da genética e da biologia molecular, o sistema de proteção internacional do genoma humano como patrimônio comum da humanidade e os desafios decorrentes do desenvolvimento da medicina preditiva²³, inclusive a necessidade de construção de uma “ética da responsabilidade”.

Conforme Roberto Camilo Leles Viana:

“O desenvolvimento da Medicina Preditiva, impulsionado pelo completo mapeamento e sequenciação do genoma humano, trouxe a possibilidade de se revelar o ser humano através de ‘uma bola de cristal’. A sua diferença em relação à medicina tradicional reside no fato de que, enquanto esta busca o tratamento de doenças a partir das suas manifestações clínicas, aquela examina pessoas saudáveis, que, com o passar do tempo, poderão vir a apresentar uma doença ou uma maior predisposição para certas enfermidades, tudo isso por meio da utilização de testes genéticos, instrumentos capazes de demonstrar a composição genética do indivíduo e suas possíveis susceptibilidades”²⁴.

No terceiro capítulo, discutir-se-ão as repercussões nas relações de trabalho da análise do genoma humano. Sob esta óptica, serão apreciados o princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento nas relações de trabalho e a proibição à discriminação²⁵, o direito

²² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 778-779. Salienta o referido autor que os direitos da personalidade são imantados de tutela jurídica significativa, de inegável potência e efetividade, não só por derivarem diretamente da Constituição da República, como também por serem instrumento imprescindível de realização do sentido mais singular do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado Democrático de Direito.

²³ A medicina preditiva “propõe uma intervenção em três fases: estabelecer os parâmetros da ‘identidade biológica’ da pessoa, prever as patologias correspondentes e propor os melhores meios de prevenir essas doenças”. LECLERC, B. - Aconselhamento genético. In HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 285.

²⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 22.

²⁵ “A regra geral é a da qualificação como discriminatória e, conseqüentemente, da proibição de toda a conduta do empregador que privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um trabalhador ou candidato a emprego, em razão da ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, doença crônica, nacionalidade, raça ou origem étnica, religião, convicções políticas ou religiosas, filiação sindical, território de origem, língua, grau de instrução, situação econômica, e condição social”. RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 176.

à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador²⁶, e os reflexos do acesso às informações genéticas do trabalhador no âmbito da contratação laboral.

Finalmente, no quarto e último capítulo, discurrir-se-á sobre a exigência de realização de testes genéticos preditivos pelo empregador para efeito de seleção de pessoal e de despedimento. Após uma prévia abordagem da restrição de direitos fundamentais nas relações laborais²⁷, buscar-se-á uma solução ponderativa para o problema, apresentando rígidos critérios para a submissão de trabalhadores a estes exames genéticos, observados os direitos à autodeterminação informacional²⁸ e ao livre consentimento esclarecido²⁹.

O interesse na pesquisa nasceu a partir da constatação, em sede académica, das nefastas consequências que uma liberação irrestrita de acesso às informações genéticas dos trabalhadores pode ocasionar no âmbito das relações de trabalho, colocando em grave risco a efetividade do direito fundamental ao trabalho.

É um assunto atual e relevante, caracterizado por seu conteúdo interdisciplinar, e que impõe uma análise mais atenta acerca dos limites que devem ser instituídos à realização de testes que buscam verificar a existência de genes responsáveis por doenças monogênicas e de genes de predisposição para enfermidades multifatoriais.

²⁶ “(...) nunca como agora esta zona íntima do homem esteve ameaçada por múltiplas agressões. E isto em nome de coisas aparentemente boas como o progresso da ciência, o desejo de evitar a propagação de anomalias, o de intervir em doenças mentais, de modificar simples disfunções do pensamento ou unicamente de definir perfis psicológicos para um emprego. Pensamos que as recentes descobertas na análise do genoma humano são hoje outro ponto em que o conflito fulcral é obscurecido pelo brilho da tecnologia ou pela esperança de curar ou erradicar doenças”. BISCAIA, Jorge – Intimidade da pessoa. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994), p. 7-8.

²⁷ “O contrato de trabalho, tendo em vista a sua estrutura natural, é por si só, ambiente propício a limitações dos direitos de personalidade do trabalhador. Primeiramente, em razão do elemento ‘subordinação’, necessariamente presente nos contratos de trabalho, sendo que o poder legítimo de direção do empregador, e o correspondente dever de obediência do empregado envolvem integralmente a personalidade do trabalhador. Além disso, ao disponibilizar sua força de trabalho em troca de remuneração, o trabalhador se coloca, inevitavelmente, em uma situação de dependência perante o empregador”. QUINTINO, Cláudia Pereira – A fiscalização do correio eletrónico pelo empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador. In SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang, coord. – **Portugal, Brasil e o Mundo do Direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 410-411.

²⁸ “Toda pessoa deve ter o direito a não saber, se assim o desejar, qual o seu estado de saúde e o direito a conhecer os dados de investigação médica que lhe digam respeito e, em paralelo, o direito de preservar o conhecimento de tais dados exclusivamente para si numa concepção mais ampla de privacidade”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – O direito de não saber o seu estado de saúde. **Forum Iustitiae: Direito e Sociedade**. Ano I, nº 12 (Jun. 2000), p. 43.

²⁹ “É necessário que o indivíduo tenha sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole e o alcance e envergadura e possíveis consequências dos testes. O consentimento do candidato deve ser livre. Livre na medida em que a realização dos testes não seja entendida como uma ordem, mas sim como uma manifestação da sua própria vontade. Consciente no sentido de o candidato conhecer as implicações da realização dos testes e que o diagnóstico de determinada doença (actual) o excluirá da contratação”. MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 81.

Estas questões e desafios impulsionam à pesquisa, com a finalidade de contribuir para o enriquecimento do debate na comunidade acadêmica, resolvendo o problema ora equacionado sob a perspectiva dos direitos fundamentais que circundam o referido tema.

Não obstante os benefícios advindos dos resultados do Projeto Genoma Humano e dos programas terapêuticos adjacentes, apresentam-se também dilemas éticos de extrema relevância. Ainda que se possa afirmar que a análise dos genomas contribui para a melhoria do diagnóstico, da prevenção e da terapia de inúmeras doenças, não se afasta o perigo de práticas eugênicas³⁰ e de condutas discriminatórias baseadas nas informações genéticas do trabalhador³¹, mormente em razão da sua inequívoca vulnerabilidade, tanto no momento da contratação, quanto na fase de execução do contrato de trabalho.

É exatamente esta situação de inferioridade do trabalhador na relação de trabalho que justifica a força produzida pelos direitos fundamentais em seu âmbito, sendo que é a partir da virtude desses direitos que se reclama o seu respeito pelo empregador, não somente enquanto direito dos trabalhadores, mas principalmente enquanto direito da pessoa em si, impondo-se o seu cumprimento³². Nesta perspectiva, “o Direito é criado e utilizado pelas pessoas e serve os seus fins, promovendo a protecção daquelas contra ingerências externas, quer do Estado, quer de outros particulares”³³.

Portanto, é a relação de sujeição estabelecida entre o trabalhador e o empregador que esboça um exemplo evidente onde se nota um poder forte, efetivo de uma parte sobre a outra e, por esse motivo, a “referida vinculação aos direitos fundamentais prevalece, pois, sobre a autonomia privada”³⁴.

³⁰ “A grave e urgente questão é a forma de impedir práticas eugénicas que visam apurar o desempenho, escolhendo o *melhor* entre os melhores (segundo a fórmula de *seleção natural*), e de acordo com o princípio do eugenismo laboral”. QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 320.

³¹ A discriminação genética pode ser conceituada como a “(...) conduta discriminatória, em geral por parte do Estado ou grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa humana, que passa a ser considerada exclusivamente como um objeto resultado da ação do conjunto de genes que possui, os quais têm probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais”. LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética – uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62.

³² LEAL, Ana Paula Araujo – A esfera privada da trabalhadora no acesso ao emprego e na formação profissional. In CAMPOS, Diogo Leite de, coord. – **Estudos sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13.

³³ DRAY, Guilherme Machado – **Justa causa e esfera privada**. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II. Coimbra: Almedina. 2001. p. 39.

³⁴ ABRANTES, José João Nunes – **O direito do trabalho e a Constituição**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. p. 43.

Focando-se na busca de uma proposta de solução razoável e adequada neste complexo cenário ponderativo, este estudo compartilha da convicção de que a liberação irrestrita de realização de testes genéticos na seara da contratação laboral contribuirá, em muito, para um determinismo biológico do comportamento humano, que inviabilizará a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de trabalho, provocando o surgimento de uma legião de trabalhadores desempregados, em razão de meras predisposições multifatoriais, que sequer podem vir a se revelar no futuro³⁵.

Por seu turno, a vedação absoluta à realização de testes genéticos nas relações de trabalho pode representar, em razão da natureza da atividade laboral, uma forte ameaça à proteção e segurança do próprio trabalhador ou de terceiros, a despeito de qualquer discussão prévia acerca da ofensa ou não aos núcleos essenciais dos direitos à iniciativa econômica e à autonomia de vontade privada e seus inquestionáveis reflexos de natureza econômica³⁶.

Neste contexto, o artigo 19º, nº 1, do Código do Trabalho de Portugal estabelece que, 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 e 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 respectiva fundamentação³⁷.

Se, por um lado, não se admite uma tutela incondicional dos direitos da personalidade do trabalhador, havendo também que se atender à relação laboral no seu todo e ao conflito com o direito de livre iniciativa privada, associado com o direito de gestão da empresa³⁸, por outro,

³⁵ As informações genéticas não podem servir de instrumento para a adoção de políticas de exclusão. Esta conduta, “se não for devidamente contida, pode dar origem a uma nova classe social de marginalizados, os excluídos do acesso ao mercado de trabalho, o que inclui também os familiares dos sujeitos analisados”. BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura – Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá. Vol. 6, nº 1 (2006), p. 64.

³⁶ A proibição geral da realização de testes genéticos pode, potencialmente, colocar em causa o direito à liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade e, num outro plano, a autonomia privada, os quais assumem, em função da sua potencialidade de ajuda à plena realização do indivíduo na sua vivência societária, a forma de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. SOUSA, Rabindranath Capelo de – **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 280.

³⁷ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31-32.

³⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 373.

vem ganhando relevo a ideia de que o ordenamento deve assegurar ao indivíduo os seus direitos como pessoa, como cidadão e como trabalhador³⁹. A chamada de atenção para os direitos do trabalhador como pessoa e como cidadão tem importância para permitir ultrapassar certas coerções conexas com a própria índole do contrato de trabalho, para que não se exceda em termos intoleráveis a margem de compreensão empresarial legitimada pela subordinação e organização da empresa. Fala-se a este propósito de “cidadania na empresa”⁴⁰.

Atribui-se ao empregador, por força do princípio da boa-fé⁴¹, um dever de proteção específico da personalidade do trabalhador, nos termos do qual este poderá exigir que aquele se abstenha de lesões aos seus direitos da personalidade, mas também que os proteja de agressões de terceiros, pelos quais deva ser responsabilizado⁴².

As diferentes posições sobre o assunto e a problemática por ele gerada estão longe de alcançar um consenso, produzindo uma vastidão de argumentos para debate e estudo.

O padrão de análise desta questão deve partir do ponto referencial de que os direitos fundamentais não são, por natureza, ilimitados e procuram dialeticamente uma otimização⁴³.

³⁹ “A busca do equilíbrio entre resguardar o direito ao trabalho e o direito de escolha das empresas na seleção de seus empregados incita o debate ético sobre a exigência e a utilização de exames cada vez mais complexos para o acesso ao trabalho, inclusive o genético. A utilização sensata e equilibrada destas tecnologias pode trazer, sem dúvida, resultados positivos bilaterais, satisfazendo conjuntamente patrões e empregados”. OSSEGE, Albany; GARAFIA, Volney – Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro. Vol. 39, nº 104 (Jan.-Mar. 2015), p. 234.

⁴⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 479.

⁴¹ Conforme dispõe o artigo 126º, nº 1 e 2, do Código do Trabalho de Portugal, o empregador e o trabalhador devem proceder de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações; além disso, na execução do contrato de trabalho, as partes devem colaborar na obtenção da maior produtividade, bem como na promoção humana, profissional e social do trabalhador. CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 71. Para Pedro Pais de Vasconcelos: “A boa-fé subjectiva e objectiva não são duas realidades distintas, mas antes e apenas duas perspectivas distintas, ou dois diferentes pontos de partida, para submeter as condutas jurídicas a um juízo de honestidade, de honradez e de decência. Na perspectiva subjectiva, o juízo é feito a partir do conhecimento ou desconhecimento por parte do agente de estar a lesar outrem, ou da consciência por sua parte do vício ou vicissitude em questão; na perspectiva objectiva, é a conduta em si mesma que é submetida a julgamento. A diferença não é tão grande como à primeira vista pode parecer. Na verdade, em ambas as perspectivas o que se está a fazer é a aferir da compatibilidade de actuações concretas com as coordenadas axiológicas do Direito”. VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 21-22.

⁴² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 354-355.

⁴³ Na efetiva prática de muitas Cortes Constitucionais a ponderação ou pesagem ocupa um lugar de destaque, traduzindo-se no constitucionalismo alemão um aspecto daquilo que é exigido pelo princípio da proporcionalidade, composto por três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos esses princípios expressam a ideia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade é tratar os direitos fundamentais como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não simplesmente como regras. Enquanto mandados de otimização, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. ALEXY, Robert - Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO,

Deste modo, a solução para este problema deve ser perseguida no âmbito do quadro de unidade constitucional, procurando-se encontrar, por meio de uma tarefa de concordância prática⁴⁴, a exigível maximização da sua matriz principiológica⁴⁵.

É certo, ainda, que a ampliação do conhecimento na medicina preditiva deve buscar a elevação do patamar civilizatório da Humanidade, sem desconsiderar o fato de que a dimensão humana é complexa e multifacetária, não se esgotando em sua composição genética. Por isso, cabe ao Direito a difícil missão de modulação dos efeitos práticos do progresso científico, a fim de que o ser humano não se torne o seu próprio algoz.

Daniel, coord. - **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p. 295-296.

⁴⁴ “O homem que trabalha tem direitos, como pessoa, como cidadão e como trabalhador, direitos que – condicionados embora pela implicação pessoal numa relação permanente de subordinação e de intercâmbio – haverão de ser reconhecidos num plano de concordância prática”. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 479.

⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 222.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E OS LIMITES AOS PODERES DO EMPREGADOR

1.1. A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica democrática

A partir do momento em que a comunidade científica internacional, através do Projeto Genoma Humano, anunciou a decodificação da molécula de DNA, descortinando o segredo bioquímico da vida, algumas reflexões de ordem filosófica, ética, bioética, jurídica e biojurídica se mostraram necessárias⁴⁶.

Embora o acesso sequencial ao genoma humano tenha acarretado inegáveis avanços no domínio do diagnóstico, permitindo a aferição da presença ou não de um ou vários genes determinantes de enfermidades de manifestação tardia ou de suscetibilidade a determinada doença, este vertiginoso progresso no campo da medicina preditiva também se traduz em perigo, uma vez que possibilita a rotulagem de seres humanos e a adoção de práticas discriminatórias em razão do patrimônio genético das pessoas⁴⁷, notadamente no contexto das relações laborais, dotadas de natureza assimétrica e não paritária, e cujo traço marcante é a hipossuficiência econômica do prestador dos serviços.

No entanto, antes de qualquer estudo acerca das repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral, assim como dos desafios que se apresentam na busca pela efetividade do direito fundamental ao trabalho, mister se faz uma abordagem sobre a posição de destaque ocupada pela pessoa humana na ordem jurídica democrática, como um antecedente lógico e necessário ao balizamento de limites ao desenvolvimento da ciência, em prol da preservação da dignidade, como valor intrínseco à própria Humanidade. Como adverte Roger Shattuck: “O poder em si mesmo não traz perigo. Mas a imaginação ligada ao poder pode exceder os limites da condição humana e aspirar à divina”⁴⁸.

Remontam ao chamado Período Axial da História (séculos VIII a II a. C.), quando do nascimento da filosofia, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana, assim como para a afirmação da existência de direitos universais a ela inerentes, promovendo-

⁴⁶ ROCHA, Renata da – A engenharia genética e o admirável homem novo: avanços científicos, conflitos éticos e limites jurídicos. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. – **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

⁴⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Contrato de trabalho em face das novas possibilidades de diagnóstico. **Brotéria – Revista de Cultura**. Lisboa. Vol. 150, nº 5-6 (Mai.-Jun. 2000), p. 593.

⁴⁸ SHATTUCK, Roger. **Conhecimento proibido**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 31.

se a substituição do saber religioso-mitológico pela crítica racional. Neste momento, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais⁴⁹.

Muito embora o conceito de pessoa humana remeta à máxima de que todos os seres humanos são dotados de uma natureza comum, diversas concepções filosóficas se debruçaram sobre a identificação de seus atributos intrínsecos, os quais, em seu conjunto, permitem defini-la como todo ente que, dotado de razão⁵⁰, é um fim em si mesmo, por ser intrinsecamente livre para tomar decisões segundo seus próprios valores⁵¹.

A partir da necessidade de se conferir proteção a esta racionalidade e à liberdade de atuação em conformidade com sua consciência e vontade é que surge a noção de dignidade, a qual corresponde a um dado da vida, inerente à condição humana. O Direito não a cria, mas apenas a protege e a promove⁵².

Assim, a sua consagração no plano normativo constitucional significa tão-somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos⁵³.

Justamente porque vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constitui-se em meta permanente da Humanidade, do Estado e do Direito⁵⁴. Assenta-se sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, sendo capaz de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar o seu próprio destino

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-24.

⁵⁰ O fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade. MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 183.

⁵¹ BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 31.

⁵² “Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 02 de setembro de 1999. p. 4.

⁵³ CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 156.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31.

(autodeterminação)⁵⁵. O desenvolvimento deste atributo decorre da constatação de que, na essência, todo ser humano é livre e goza dos mesmos direitos básicos, verificando-se, portanto, que a dignidade humana guarda indissociável proximidade com a liberdade e a igualdade⁵⁶.

Tendo suas raízes na ética⁵⁷, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor⁵⁸, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa⁵⁹.

Apesar do reconhecimento universal da dimensão jurídica do conceito de dignidade humana, a sua atual configuração foi concebida somente a partir da metade do século XX, com as Constituições aprovadas no segundo pós-guerra. Com efeito, a dignidade humana só chegou ao direito constitucional muito tempo depois de ser correntemente usada na linguagem comum e após um longo percurso de elaboração pelos caminhos da religião, da filosofia e das ideias políticas⁶⁰.

A consagração expressa da dignidade da pessoa humana nas Constituições de diversos países e a sua elevação à categoria de valor supremo do ordenamento jurídico são alguns dos traços mais marcantes do constitucionalismo pós-guerra, em virtude do impacto causado pelas atrocidades cometidas neste período, o que a fez despontar como núcleo central do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais⁶¹.

Os horrores promovidos durante a Segunda Guerra Mundial acarretaram uma sensação generalizada de fragilidade, despertando os anseios por uma nova ordem de valores, apta a

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 14.

⁵⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 30.

⁵⁷ Para Ronald Dworkin, ética é o estudo de como viver bem; moralidade é o estudo de como nós devemos tratar as outras pessoas. DWORKIN, Ronald – **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 13.

⁵⁸ Um valor é um conceito axiológico. Os conceitos axiológicos são derivados da ideia de bem; conceitos deontológicos baseiam-se na ideia de dever, de exigência; conceitos antropológicos estão associados ao interesse, vontade e necessidade. ALEXY, Robert – **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2004. p. 44-69.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61.

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 47.

⁶¹ CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 153.

proteger a condição humana em sua vulnerabilidade. Laços de solidariedade formaram-se em torno do propósito maior de preservação da Humanidade, cuja preocupação passou a guiar os passos da comunidade jurídica internacional⁶².

Emerge o repúdio à ideia de um ordenamento jurídico divorciado de valores éticos. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, do princípio da dignidade humana. Reconhece-se que as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco⁶³.

Conforme destaca Jorge Reis Novais:

“Portanto, na sua actual configuração de princípio jurídico-constitucional em que assenta o Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana só viria a ser verdadeiramente acolhida no segundo pós-guerra, sem dúvida como resultado directo da tomada de consciência humanitária que se seguiu às expectativas autocráticas anteriores e às tragédias que elas provocaram⁶⁴.

Neste contexto, o constitucionalismo democrático passou a ter por fundamento e objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana, tornando-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental, materializado em declarações de direitos, convenções internacionais e Constituições ao longo do século XX. Esta ideia foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma meta política, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais⁶⁵.

A dignidade da pessoa humana adquiriu, a partir daí, uma vocação de referência e princípio universal da comunidade internacional e das sociedades democráticas, fato este que ficou bem patente, posteriormente, na sucessiva reprodução deste atributo nos vários textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e particularmente nas convenções internacionais nos domínios da bioética e da biomedicina⁶⁶.

⁶² SCHREIBER, Anderson - **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

⁶³ PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 54.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 50.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 61.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 51.

Dentro desta mesma percepção é que se insere o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, quando considera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, estabelecendo, ainda, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”⁶⁷.

Se a Segunda Guerra Mundial implicou a ruptura com os direitos humanos, o período pós-guerra deveria significar a sua reconstrução, cujo processo teve como marco maior a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que introduziu uma concepção contemporânea, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais⁶⁸.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento da liberdade e como valor central da ordem jurídica internacional, influenciando as Constituições da segunda metade do século XX, de modo a incorporá-la como razão de ser do Estado Democrático de Direito. A primazia, neste particular, tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), que previu, em seu artigo 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla

⁶⁷ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 42-43.

jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal⁶⁹, que a alçou ao *status* de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional⁷⁰.

No Brasil, seguindo esta mesma tendência, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, erigiu expressamente a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito⁷¹. Do mesmo modo, a Constituição portuguesa, também em seu artigo 1º, dispõe que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, proclamando-se, no artigo 2º, como um Estado de Direito Democrático⁷².

Verifica-se, assim, que a dignidade da pessoa humana assumiu posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo considerada como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas⁷³. Esta centralidade confere unidade de sentido a todo o sistema constitucional e, por consequência, a toda ordem jurídica, devendo ser o ponto de partida e o de chegada de todas as normas destinadas à disciplina das relações sociais, de forma a inspirar e limitar a elaboração, a interpretação e a aplicação do Direito⁷⁴.

Se a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico⁷⁵, a sua dignidade corresponde ao centro e ao fundamento básico de todo o sistema constitucional relativo aos direitos fundamentais. Trata-se de postulado por ele considerado

⁶⁹ De acordo com o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 5.

⁷¹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

⁷² CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 23.

⁷³ FACHIN, Luiz Edson - Fundamentos, limites de transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. Vol. 8 (2005), p. 58.

⁷⁴ BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 35.

⁷⁵ REALE, Miguel - A pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 59-69.

como direito prolífero por excelência, dando origem a diversas famílias de novos direitos, além de desempenhar o papel de eixo estruturante central do Estado Democrático de Direito⁷⁶.

A dignidade humana traduz-se num valor fundamental⁷⁷, que ingressa no mundo do Direito como um princípio jurídico de *status* constitucional, funcionando como justificação moral e fundamento normativo para os direitos fundamentais⁷⁸, os quais, por sua vez, são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos⁷⁹.

O reconhecimento desta noção inerente à condição humana deriva da ideia de que para que um Estado seja reconhecido como de Direito deve-se observar a proteção e a promoção de um número de direitos fundamentais associados ao ser humano, ligados intrinsecamente às ideias de prosperidade, liberdade, autonomia e bem-estar⁸⁰.

Pode-se afirmar que todo direito fundamental possui projetado em si uma parte desta dignidade, estando diretamente a ela vinculado⁸¹, ou seja, o princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como reafirmações ou exteriorizações suas⁸². Deste modo, tanto os direitos negativos ou de defesa quanto os direitos positivos ou prestacionais correspondem, em alguma escala, a concretizações da dignidade da pessoa humana⁸³.

⁷⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio, coord. - **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 144.

⁷⁷ A dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma manifestação material do Estado de Direito, significando “que a pessoa é colocada como o fim supremo do Estado e do Direito”. GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 788-789.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto – **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 110.

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 69.

⁸¹ STUMM, Raquel Denize - **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 126.

⁸² SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89.

⁸³ MORAES, Germana Oliveira de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes - O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Portal de E-Governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento** [Em linha]. (Abr 2012). [Consult. 10 Out. 2017]. Disponível em

É relativamente pacífico que a dignidade da pessoa humana, ao menos em seu sentido material, está na base da consagração dos direitos fundamentais⁸⁴, designadamente naqueles dirigidos a garantir juridicamente a autonomia individual, a privacidade, a liberdade, a igualdade, o respeito e o bem-estar⁸⁵. Isto porque a origem e o ponto comum entre todos os direitos fundamentais é o fato de serem necessários à proteção da dignidade humana, que serve como referência valorativa para a delimitação do âmbito material destes direitos, conferindo-lhes um caráter sistêmico e unitário⁸⁶.

Constata-se, assim, que a dignidade da pessoa humana se apresenta como um verdadeiro superprincípio, que deve pautar as escolhas políticas do Estado⁸⁷. A própria unidade e legitimidade do sistema e da ordem estatal se devem ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se que as demais normas jurídicas sejam interpretadas, aplicadas e concretizadas à luz desta mesma noção⁸⁸. Representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado⁸⁹.

De outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplas funções na ordem jurídica, dentre as quais podem ser citadas a sua utilização como fator de legitimação do

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-biodireito-atrav%C3%AAs-do-prisma-do-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-dos-direitos-fu>.

⁸⁴ Como fundamentação do Direito, notadamente dos direitos fundamentais, a dignidade humana parte da liberdade e da racionalidade da pessoa, antropologicamente sustentada numa inserção social, garantindo o seu desenvolvimento pessoal. GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 789-790.

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 28.

⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 93.

⁸⁷ A dignidade humana desponta como valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o direito internacional e interno. PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 52.

⁸⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes - Vida digna: direito, ética e ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, coord. - **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 38-39.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59-60.

Estado e do Direito, como norte para a hermenêutica jurídica, como diretriz para ponderação entre interesses colidentes, como fator de limitação de direitos fundamentais, como parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares, como critério para identificação de direitos fundamentais e como fonte de direitos não enumerados⁹⁰.

A própria legitimação ética da Constituição merece ser destacada entre as variadas funções desempenhadas por este eixo axiológico.

Nas palavras de Luiza Cabral Pinto:

“O poder constituinte, ao estabelecer o estatuto dos governantes e governados, isto é, o domínio dos homens sobre homens, não pode divorciar-se da ideia de que a legitimidade do poder assenta nos direitos da pessoa humana, sendo os indivíduos simultaneamente a causa eficiente e a causa final de toda a organização política”⁹¹.

A dignidade constitui princípio legitimador, que confere fundamento moral ao Estado e à ordem jurídica, ao estabelecer que eles existem em razão da pessoa humana⁹², e não o contrário. Não é mais possível lastrear a legitimidade do poder na mera forma jurídica⁹³. Busca-se, neste cenário, fundações para o Direito que não se reduzam a construções lógicas sem conteúdo, como a famosa “norma hipotética fundamental”, de Hans Kelsen⁹⁴. Tampouco é possível alicerçar a legitimidade do Direito e do Estado em doutrinas religiosas ou metafísicas, ou mesmo em compreensões comunitárias sobre a “vida boa”⁹⁵. Nesse contexto, a legitimidade do Estado e da ordem jurídica passa a se amparar em duas ideias fundamentais: democracia e respeito aos direitos humanos⁹⁶.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 77-89.

⁹¹ PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral – **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 142.

⁹² Pessoa como “valor-fonte fundamental do Direito”. REALE, Miguel – A pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 58-64.

⁹³ A legitimidade do poder que caracteriza as sociedades modernas é a legal ou racional, fundada no cumprimento de regras abstratas pela burocracia, que independe do conteúdo dessas normas. WEBER, Max – **Economía y Sociedad**. Trad. José Medina Echavarría *et. al.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 173-180.

⁹⁴ KELSEN, Hans - **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 227.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen – Direito e moral (Tanner Lectures, 1986). In **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193-247.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79.

A segunda função pode ser traduzida por uma dimensão negativa deste princípio⁹⁷, que deve ser concebido como limite indeclinável à atuação estatal, em todas as suas esferas de Poder. Todo e qualquer ato normativo, administrativo ou jurisdicional que atentar contra a dignidade humana será desprovido de eficácia jurídica, ainda que não colida expressamente com qualquer preceito constitucional⁹⁸.

Portanto, a dignidade da pessoa humana se presta também ao papel de parâmetro para controle de atos estatais – normativos, administrativos e jurisdicionais – e mesmo de atos particulares, como contratos e negócios jurídicos em geral⁹⁹. Em síntese, são inválidos os atos que atentarem contra esta noção¹⁰⁰.

Este princípio oferece ainda um norte à ação positiva do Estado, o qual não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também o de promover esta mesma dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada indivíduo em seu território.

O referencial axiológico em foco incide, do mesmo modo, no âmbito das relações entre particulares, modelando e limitando a autonomia privada, a fim de condicioná-la ao respeito aos valores subsistenciais intrinsecamente relacionados à condição humana.

Registre-se, outrossim, em que pese o seu alto grau de abstração, que a dignidade da pessoa humana também constitui critério de integração da ordem constitucional, prestando-se ao reconhecimento de direitos fundamentais atípicos. Melhor explicitando: aquelas pretensões cujas concretizações se afigurem essenciais à vida humana devem afirmar-se como direitos fundamentais, ainda que não encontrem previsão explícita no texto constitucional¹⁰¹.

⁹⁷ Trata-se da eficácia negativa do princípio constitucional. BARCELLOS, Ana Paula de – **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 67.

⁹⁸ Como valor básico do Estado Democrático de Direito, impõe o reconhecimento de que o indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da República. Deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado há uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 225.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84.

¹⁰⁰ “Afectar a dignidade da pessoa humana seria afectar um valor absoluto de Estado de Direito, pôr em causa o pilar em que assenta toda a ordem jurídico-constitucional, seria cair inapelavelmente numa inconstitucionalidade insanável e insuperável”. NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 22.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 73.

Merece destaque, por oportuno, em virtude de sua relevância, a função hermenêutica desempenhada pelo princípio em análise. Como valor fundamental da Constituição, a dignidade humana irradia seus efeitos por todos os ramos da ordem jurídica, inclusive do Direito Privado, impondo a releitura dos preceitos e institutos de todas as áreas sob as suas lentes¹⁰², assim como condicionando e inspirando a exegese e aplicação do direito positivo, em suas mais variadas exteriorizações¹⁰³. Desempenha, por esta razão, um importante papel hermenêutico, devendo guiar todos os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito.

A dignidade da pessoa humana também se apresenta como um valioso critério para a ponderação entre interesses constitucionalmente conflitantes¹⁰⁴, ensejando a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio. Conforme a lição de Ana Paula de Barcellos¹⁰⁵, “a norma que de forma direta promova e/ou proteja a dignidade humana deve ter preferência sobre outra norma que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana”.

Outra função igualmente importante do princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito à limitação de direitos fundamentais em razão da proteção da dignidade humana de um terceiro. Nessa perspectiva, quando o exercício de um direito conflita com a dignidade humana de um terceiro – o que, no mais das vezes, envolve a tensão entre dois direitos fundamentais diferentes, ambos com algum conteúdo em dignidade – deve-se recorrer à ponderação de

¹⁰² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira – Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In **Direito Constitucional e Regulatório: Ensaio e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 889.

¹⁰³ Luís Roberto Barroso sistematiza as modalidades de eficácia dos princípios em geral, e da dignidade humana em particular, em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa. Pela eficácia direta, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pois é dotado de um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. A eficácia interpretativa significa que os valores e fins nele abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral, sendo a dignidade um critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação. Ressalta, ainda, a sua função integrativa, que permite à dignidade ser fonte de direitos não enumerados e critério de preenchimento de lacunas normativas. Por fim, a eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, advertindo-se que não apenas atos estatais, mas também condutas privadas podem ser consideradas violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, ilícitas. BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 12-15.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel – **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 73-76.

¹⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 235.

interesses para a solução da colisão. Essa ponderação pode ser feita de modo abstrato pelo legislador, ou pode ser realizada no caso concreto pelo intérprete – juiz ou não¹⁰⁶.

Por sua vez, a dignidade humana também é essencial ao reconhecimento de direitos fundamentais não inseridos no catálogo constitucional, mas que representem concretizações relevantes deste princípio, evitando-se o desamparo da pessoa humana diante de graves lesões e ameaças à sua dignidade, em face de lacunas e incompletudes no rol de direitos fundamentais consagrados na Constituição¹⁰⁷. Nessas situações, apresenta-se como uma fonte adicional de direitos ou como uma espécie de “direito-mãe”¹⁰⁸, do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional¹⁰⁹. Assim, a dignidade é fundamento de posições jurídico-subjetivas e dela podem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados¹¹⁰.

Nada obstante o reconhecimento de sua importância axiológica, quando se trata de eficácia normativa, as divergências começam a surgir, sobretudo em razão da dificuldade de se estabelecer uma precisa definição jurídica de seu conteúdo, imprescindível para a obtenção de uma maior densidade jurídica que possibilite sua transição da “dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais”¹¹¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana de que o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio¹¹². O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 81-83.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 84-85.

¹⁰⁸ Ideia da dignidade como “direito-mãe”. BARAK, Aharon - **Human dignity: the constitutional value and the constitutional right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 156-169.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 86.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 386 e 399.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto – Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. Vol. 1, nº 1 (2001), p. 49.

¹¹² Segundo Kant, os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). KANT, Immanuel - **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 141.

A ideia da dignidade humana assenta raízes na tradição do pensamento judaico-cristão, a partir da concepção do homem como ser criado à imagem e semelhança de Deus¹¹³.

Uma definição clara do que efetivamente consiste a dignidade da pessoa humana, inclusive para delimitação do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela numa tarefa, no mínimo, tormentosa e de difícil realização.

Segundo Miguel Reale, “não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica”¹¹⁴.

Os resultados apurados quanto ao conteúdo concreto do princípio e ao seu preciso sentido normativo estão longe da clareza e da determinação, sendo o preço a pagar pelo duplo acordo que foi a chave do sucesso do acolhimento da dignidade humana nas Constituições e nos tratados internacionais do Pós-Segunda Guerra Mundial e da sua centralidade simbólica: acordo na incorporação do conceito, mas também acordo no desacordo, ou seja, um acordo cuidadosamente estimulado em não arbitrar o desacordo, em não definir a dignidade¹¹⁵.

Para Jorge Reis Novais, aqui residem as maiores dificuldades de concretização do princípio: “a necessidade de chegar a um conceito secular, aberto e inclusivo de dignidade da pessoa humana que seja susceptível de sustentar uma pretensão de validade consensual e que, simultaneamente, não perca densidade e lhe permita desenvolver efeitos normativos próprios e consentâneos com a importância abstractamente atribuída a um princípio jurídico sobre o qual supõe poder fazer assentar toda a estrutura do edifício constitucional de Estado de Direito”¹¹⁶.

No entanto, a fim de que se possa empregá-lo em qualquer de suas múltiplas funções, apresenta-se como necessária uma definição do conteúdo material do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet a define 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

¹¹³ SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59-61.

¹¹⁴ REALE, Miguel - **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 272.

¹¹⁵ CHUECA, Ricardo – La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In **Dignidad Humana y Derecho Fundamental**. Madrid: R. Chueca ed., 2015. p. 29 e 31. O acordo a respeito das palavras “dignidade da pessoa humana” infelizmente não afasta a grande controvérsia em torno do seu conteúdo. AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. Vol. 797 (Mar. 2002), p. 12.

¹¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 25-26.

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 vida”¹¹⁷.

Maria Celina Bodin parte do que denominou de “substrato material da dignidade”, correspondendo a uma compreensão da pessoa na comunidade. Trata-se do sujeito moral, que reconhece a existência de outros sujeitos iguais, merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica, dotado de autodeterminação, que integra um grupo social no qual não pode ser marginalizado. A partir desse substrato, desdobrou a dignidade humana em quatro princípios: igualdade (formal e material), integridade psicofísica, liberdade e solidariedade¹¹⁸.

Oscar Vilhena associa o princípio ao imperativo kantiano de não instrumentalização da pessoa, aceitando a sua invocação contra as decisões tomadas pelo próprio sujeito, que não poderia sacrificar a própria dignidade nem mesmo por decisão livre. Assenta também que deriva da dignidade a exigência moral e jurídica de reciprocidade nas relações intersubjetivas¹¹⁹.

Vicente de Paulo decompõe o princípio da dignidade humana em duas máximas: “não tratar a pessoa humana como simples meio” e “assegurar as necessidades vitais da pessoa humana”. A dignidade não é só fonte de direitos, mas também “um dever e um encargo”, que poderia justificar a limitação à liberdade individual para obrigar as pessoas a viverem de modo digno¹²⁰.

Luís Roberto Barroso ressalta ser necessário estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito de dignidade humana, a fim de unificar o seu uso e lhe conferir alguma objetividade. Para o autor, a dignidade humana identifica “1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”¹²¹.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

¹¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de – O princípio da dignidade da pessoa humana. In **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.

¹¹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena – **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.63-69.

¹²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo – **O fetiche dos direitos humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013. p. 63-77.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 22-31.

Marcelo Novelino leciona que as inúmeras referências a esta noção podem ser reunidas sob duas perspectivas principais: como um valor autônomo ou em conjunto com os outros valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna¹²².

Daniel Sarmiento elenca como componentes do princípio da dignidade humana: o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas¹²³.

A consagração da dignidade em diversos documentos normativos constitucionais implica o reconhecimento de que deixou de ser um simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma noção jurídica autônoma cumpridora de um papel fundamental dentro do Direito, restando aos intérpretes a função de densificar o seu conteúdo, descobrindo e revelando o seu significado¹²⁴.

Aos operadores jurídicos resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, atribuindo uma máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica¹²⁵.

Mais importante do que a sua conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa sempre como um fim e nunca como um meio¹²⁶.

¹²² CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 157-158.

¹²³ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92-93.

¹²⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 156-157.

¹²⁵ PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 56.

¹²⁶ “O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não foram reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças”. SARLET, Ingo

Revela-se contrário à dignidade humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (sujeito de direitos) à condição de objeto¹²⁷.

1.2. A dignidade humana no constitucionalismo luso-brasileiro

O Estado de Direito, ao instaurar o império da lei, revolucionou a organização do poder. Ao contrário da época do Antigo Regime, na qual os governantes detinham o poder absoluto para decidir sobre as questões de Estado, sem qualquer limitação institucional, esta discricionariedade passou a ser exercida nos limites do princípio da legalidade, sendo a lei o instrumento legítimo à instituição de direitos e obrigações, a vincular a todos, inclusive e, principalmente, a ação do Poder Público.

No entanto, ao longo da história, assistiu-se à degradação do Estado de Direito, em virtude da aplicação distorcida do princípio da legalidade, que se restringia ao exame da validade de uma lei sob os seus aspectos meramente formais, de modo a não assegurar a legitimidade de seu conteúdo normativo. Proclamava-se, assim, a validade jurídica de leis formalmente perfeitas, mas materialmente ilegítimas. Nessa perspectiva, o Estado de Direito nos traz a ideia de que o Poder Público se submete às regras que restringem a sua atuação, que se encontra limitada por padrões que não podem por ele ser manipulados¹²⁸.

Jorge Miranda adverte que “Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for”¹²⁹. Somente há que se falar em Estado de Direito quando houver limitação material do poder político, em salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em razão disso, o Estado de Direito evoluiu em direção ao Estado Democrático de Direito, onde a lei não é considerada apenas em sua dimensão formal, mas também material,

Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de - **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

¹²⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 785.

¹²⁹ MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 240.

reconhecendo-se a legitimidade das normas que apresentarem conteúdo democrático, de modo condizente com os interesses e as aspirações do povo¹³⁰.

O Estado Democrático de Direito se apresenta como um marco do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que incorpora com plenitude a importância da pessoa humana e de sua dignidade no âmbito da sociedade civil e política, lançando essa matriz conceitual em suas regras e princípios¹³¹.

A dignidade da pessoa humana é imposta “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”¹³².

Dentro deste contexto é que a Constituição brasileira de 1988 proclama, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito¹³³, tendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (inciso III)¹³⁴, a qual também é afirmada em diversos de seus segmentos e enunciados, como nos princípios, direitos e garantias fundamentais e na regulação da ordem social, econômica e financeira¹³⁵. Pretendeu-

¹³⁰ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo – **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 83.

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 42. Afirmam os autores que: “O conceito inovador de Estado Democrático de Direito funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva” (fl. 43).

¹³² PIOVESAN, Flavia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 51.

¹³³ Na verdade, o preâmbulo da Constituição de 1988 já traz a previsão de construção de um Estado Democrático de Direito ao prever que os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça constituem os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, ressaltando, ainda, o compromisso, tanto na ordem interna, quanto internacional, de solução pacífica das controvérsias.

¹³⁴ A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material, carregado de eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua como um mandado de otimização, ordenando algo que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 84-87.

¹³⁵ Em diversos artigos, a Carta Magna referenda tal princípio como norteador do Estado Democrático de Direito, como, por exemplo, ao tratar da proteção à vida, do direito à saúde, à moradia digna, garantindo a liberdade, a igualdade, o acesso à justiça, bem como quando trata do meio ambiente sustentável, capaz de atender às necessidades sociais presentes e futuras.

se, assim, “definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores sociais e existenciais ali definidos”¹³⁶.

Ao contrário das Constituições anteriores, a centralidade da pessoa humana revela-se logo na organização da Lei Maior, o que indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais, podendo-se dizer que:

“(...) o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro se lastreia em uma premissa antropológica, que se deixa entrever em diversas passagens da Constituição, e que é vital para a definição dos contornos do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se da ideia de pessoa concreta, que é racional, mas também sentimental e corporal; que é um fim em si mesmo, mas não uma ‘ilha’ separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade”¹³⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sofreu forte influência do constitucionalismo português e espanhol, conferindo à dignidade da pessoa humana o *status* de fundamento do Estado Democrático e Social de Direito e de eixo estruturante de toda a ordem jurídica, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais¹³⁸.

Representando o mais importante marco na evolução do ordenamento jurídico pátrio, a Carta Magna de 1988 contribuiu para o nascimento de condições de ordem cultural, jurídica e institucional como forma de superar a histórica falta de efetividade das normas trabalhistas no país. Acentuou, ainda, a relevância e a necessidade de políticas públicas voltadas à inserção econômica e social dos trabalhadores na sociedade civil¹³⁹.

Pode-se afirmar que se promoveu, por certo, o “deslocamento do eixo axiológico do ordenamento jurídico, antes notoriamente patrimonialista, para a pessoa humana e a dignidade que a qualifica”¹⁴⁰. Marca-se a transição, a ruptura com o regime ditatorial, instituindo, assim,

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo – Direitos humanos e relações privadas. In **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 67.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 70-72.

¹³⁸ ROCHA, Paulo Osório Gomes – Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado – In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 316.

¹³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 124.

¹⁴⁰ SANTOS, Rodrigo Leonardo de Melo – **A discriminação de homens gays na dinâmica da relação de emprego: reflexões sob a perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2017. p. 115.

a democracia e a introjeção dos direitos e garantias fundamentais. Enfim, consubstancia-se num avanço na institucionalização dos direitos e garantias fundamentais, sendo considerada um dos documentos mais detalhistas e abrangentes quanto aos direitos humanos já adotado no país¹⁴¹.

Registre-se, por sua vez, que a dignidade da pessoa humana é dotada de elevado grau de valoração, não sendo, portanto, um instituto jurídico de conceito fechado. Isso se justifica em virtude de o ordenamento jurídico consagrar valores pluralísticos como forma de impedir a adoção de significados excludentes ou atentatórios a direitos por ele consagrados¹⁴². Entretanto, em face de sua amplitude, deve-se cuidar para que não se torne uma “forma retórica oca, ou pior, disfarce para a imposição das preferências nem sempre tão nobres do intérprete”, fazendo-se “necessário, não apenas precisar o seu conteúdo, como também definir a forma adequada para o seu emprego”¹⁴³.

Consagrada pela primeira vez, de forma expressa, em um texto constitucional pátrio, a dignidade da pessoa humana constitui-se no núcleo axiológico da Constituição, ao lado de outros fundamentos compreendidos como valores primordiais que compõem a estrutura do Estado brasileiro e que, por essa razão, em momento algum podem ser colocados de lado¹⁴⁴. Traduz-se em valor referencial para os direitos, liberdades e garantias individuais e sociais, sendo certo que “os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade humana”¹⁴⁵.

Considerando que todo o indivíduo é dotado deste valor intrínseco à própria condição humana, é impositivo que a ordem constitucional o proteja, tanto em face do Estado, quanto em face de particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas¹⁴⁶. Assim, todas as entidades, públicas

¹⁴¹ PIOVESAN, Flavia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 49.

¹⁴² ROCHA, Paulo Osório Gomes – Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado - In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 317-318.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 320.

¹⁴⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 160.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101.

¹⁴⁶ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 22.

ou privadas, encontram-se vinculadas diretamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, implicando o dever de proteção e respeito, inclusive diante dos titulares do direito que atentem contra a sua própria dignidade¹⁴⁷.

Para Paulo Bonavides:

“(...) nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana (...). Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”¹⁴⁸

Conforme José Afonso da Silva:

“Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.’ Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna[...], a ordem social visará à realização da justiça social[...], a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania[...].etc., não meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”¹⁴⁹.

Assim, seja no âmbito internacional ou interno, a dignidade humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, simbolizando um verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, de modo a lhe dotar de especial racionalidade, unidade e sentido¹⁵⁰. As normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade, devendo a elas corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes¹⁵¹.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133-135.

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo – **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 233.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 109.

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 53.

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de – **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 202-203.

A dignidade da pessoa humana é o respeito por parte do Estado e dos particulares às condições do ser humano político, social e profissional inato a qualquer indivíduo e depende da proteção dos direitos e garantias fundamentais¹⁵². Consiste em um dos pilares que sustentam a legitimação da atuação do Estado brasileiro, impondo, na esfera jurídica, uma visão mais humanística do Direito¹⁵³.

A partir de sua consagração como alicerce do Estado Democrático de Direito, dois mandamentos podem ser extraídos: a imposição de respeito à dignidade da pessoa humana e a determinação dirigida aos Poderes Públicos de proteção e de promoção do acesso aos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna¹⁵⁴.

Saliente-se, por oportuno, que o principal âmbito de incidência da dignidade da pessoa humana no contexto do constitucionalismo brasileiro se dá em situações de ambiguidade de linguagem (como parâmetro para escolha de uma solução e não de outra, em função da que melhor realize a dignidade), de lacuna normativa (para integração da ordem jurídica), de colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais e nas de desacordo moral razoável, como elemento argumentativo da construção justa. Esta realidade é decorrente do grau de detalhamento da Constituição da República de 1988, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, sendo que muitas das situações que, em outros países, envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, no texto constitucional brasileiro já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica¹⁵⁵.

Em que pese a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República Federativa do Brasil, assim como a normatização de diversos direitos e garantias fundamentais ao longo de seu texto, o fato é que a concretização desses valores ainda constitui um grande desafio a ser enfrentado pelo Estado e também pela sociedade.

¹⁵² MATTAR, Joaquim José Marques – A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** [Em linha]. Salvador. nº 23 (Jul.-Set. 2010). [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-23-julho-2010-joaquim-mattar.pdf>.

¹⁵³ MIKOS, Nádia Regina de Carvalho - O princípio constitucional da dignidade humana como fundamento do Estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Rio Grande, XIII. nº 82 (Nov. 2010). [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8677.

¹⁵⁴ CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 161.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 31-32.

Embora comprometido na ordem interna e internacional com a promoção dos direitos humanos, o país ainda encontra muitas dificuldades nesta concretização, notadamente em virtude do amplo espectro de proteção conferido à dignidade da pessoa humana, não obstante os significativos avanços no plano legislativo, assim como nos campos da doutrina e da jurisprudência¹⁵⁶.

Na seara do Direito lusitano, a Constituição de 1976, já em seu preâmbulo, afirma a decisão de se 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 fraterno¹⁵⁷.

Após enunciar, em seu artigo 1º, que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana¹⁵⁸, a Lei Maior a define, em seu artigo 2º, como um Estado de Direito Democrático. Logo, a dignidade humana consiste em uma das esferas constitutivas da República portuguesa. Como manifestação material do princípio do Estado de Direito, significa dizer que a pessoa deve ser colocada como o “fim supremo do Estado e do Direito”¹⁵⁹.

De outro lado, o artigo 16º da Constituição da República portuguesa dispõe que os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados não excluem outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional e que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração dos Direitos do Homem¹⁶⁰.

¹⁵⁶ COELHO, Inocêncio Mártires – Fundamentos do Estado de Direito. In MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175-177.

¹⁵⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 21.

¹⁵⁸ “Assim, a concreta recepção constitucional de que foi objecto não pode ser reduzida a facto jurídico trivial, na medida em que a forma como a ideia é constitucionalmente assumida aponta para a atribuição ao princípio de uma relevância especial. Como se percebe imediatamente, até pela própria inserção sistemática formal – a dignidade da pessoa humana vem consagrada no primeiro artigo da Constituição –, o princípio da dignidade da pessoa humana é elevado à qualidade de base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional e, portanto, é, de algum modo, constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios”. NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 20.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 788-789.

¹⁶⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 30-31. Afirma-se, deste modo, a possibilidade de configuração da fundamentalidade de direitos não consagrados no catálogo constitucional, além de impor que a ordem jurídica seja interpretada e aplicada em conformidade com os direitos universais do Homem, os quais têm como referencial axiológico a própria noção de dignidade.

Assim como na Constituição brasileira de 1988, verificam-se diversas referências à dignidade da pessoa humana no Texto Constitucional português. Ao tratar dos direitos e deveres fundamentais, estabelece no artigo 13º que: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Quando dispõe sobre os direitos, liberdades e garantias pessoais, prevê no artigo 26º que: “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”, e 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”. No artigo 67º, ao ser reportar à obrigação do Estado de proteção da família, impõe-no o dever de: “Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. No artigo 206º normatiza que: “As “audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”¹⁶¹.

A ordem constitucional, ao proclamar a dignidade da pessoa humana como base da República e referência axiológica do Estado de Direito Democrático, encampa a concepção de que a pessoa deve ser considerada como razão de ser da sociedade e do próprio Estado. Neste mesmo sentido, afirma Jorge Miranda:

“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, *de todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também a ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial”¹⁶².

J. J. Gomes Canotilho esclarece, com primazia, o que significa ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana:

“A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do

¹⁶¹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 29, 34, 62 e 140.

¹⁶² MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 219.

indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. (...) A pessoa ao serviço da qual está a República também pode *cooperar* na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de **comunidade constitucional inclusiva** pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de ‘verdades’ ou ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos”¹⁶³.

Saliente-se, porém, serem distintos os significados de dignidade da pessoa humana e de dignidade humana¹⁶⁴. Enquanto aquela expressão dirige-se ao Homem concreto e individual, esta última refere-se à Humanidade, como qualidade comum a todos os seres humanos ou como conjunto que os engloba e ultrapassa¹⁶⁵.

Declarando a comunidade política baseada na dignidade da pessoa humana, a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos¹⁶⁶.

Advirta-se, contudo, que a dignidade da pessoa humana é um *standard* de proteção universal que obriga a adoção de convenções e medidas internacionais contra a sua violação e a formação de um direito internacional adequado à sua tutela não apenas como ser humano individual e concretamente considerado, mas também na concepção de entidades coletivas, como a Humanidade, os povos e as etnias¹⁶⁷.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 225-226.

¹⁶⁴ Neste mesmo sentido: “(...) há, de fato, como traçar uma distinção entre dignidade humana (aqui no sentido de dignidade reconhecida a todos os seres humanos, independentemente de sua condição pessoal, concreta) e dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, no contexto de seu desenvolvimento social e moral e na perspectiva da própria noção de pessoa como sujeito individual (embora socialmente responsável e vinculado) de direitos e deveres. Em caráter ilustrativo, é possível referir aqui uma série de situações que, para determinada pessoa (independentemente aqui de uma vinculação a certo grupo cultural específico) não são consideradas como ofensivas à sua dignidade, ao passo que para outros, trata-se de violação intensa (...)”. SARLET, Ingo Wolfgang – Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang, coord. – **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

¹⁶⁵ “Apenas a dignidade de determinada pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. A dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo”. SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 63-64.

¹⁶⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 223.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 200.

Por outro lado, a dignidade humana traduz-se numa ideia multidimensional¹⁶⁸, já que congrega várias facetas da própria existência humana. Ressalte-se, porém, que, embora inerente ao ser humano, molda-se no contexto das relações sociais em que inserida a pessoa, sofrendo influências e comportando individualização. A individualização da dignidade é fundamental para a admissão de que pessoas diferentes, submetidas a uma mesma ocorrência fática, possam experimentar ou não a violação da sua dignidade¹⁶⁹.

Além da proteção aos direitos fundamentais consagrados nos ordenamentos jurídicos vigentes, a dignidade da pessoa humana autoriza, e até mesmo impõe, o dever de proteção em face de novas ameaças e violações que porventura venham a ocorrer. Neste cenário é que se inserem, a título de exemplo, os excessos relativos às manipulações genéticas, entre tantos outros, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

“Cumpre registrar aqui a previsão expressa feita pelo Constituinte de 1988 (art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição) no sentido de impor ao poder público a tarefa de ‘preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético’. Assim, não obstante – tal como frisado – não haja referência direta a um direito à identidade genética no direito constitucional positivo brasileiro, certo é que a expressão patrimônio genético (apesar de se cuidar de norma versando sobre a proteção do meio ambiente) pode ser lida como abrangendo o genoma humano, de tal sorte que nos parece legítimo concluir que, a partir de uma exegese sistemática, que leve em conta tanto o preceito ora ventilado, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, também no direito pátrio há como reconhecer a existência de um direito à identidade genética da pessoa humana”¹⁷⁰.

Assim sendo, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor central dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais e como valor intrínseco a todos os seres humanos demanda que as instituições públicas e privadas tratem com igual respeito a identidade das pessoas, impondo-se a inclusão social daqueles considerados diferentes e pertencentes a grupos estigmatizados, os quais devem ser assimilados à sociedade e tratados com respeito e

¹⁶⁸ “(...) há como sustentar, com segurança, o caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, considerando sua dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica), sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia ainda agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais (...)”. SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

¹⁶⁹ BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 30-33.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 125-126.

valorização às suas diferenças¹⁷¹. Conforme Jorge Miranda, “todos são iguais, a dignidade é igual para todos”¹⁷².

Num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, é a pessoa que é um fim em si, como indivíduo singular e não como membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista. O Estado é meio, é instrumento que não existe para si, mas que serve às pessoas individuais e concretas, assegurando e promovendo a sua dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar¹⁷³.

Se por um lado a vivência em comunidade implica o reconhecimento da dignidade das outras pessoas, de natureza incindível, envolvendo responsabilidade; por outro, a despeito desta relação comunitária, a dignidade que a pessoa possui é dela própria e não da situação em que é inserida¹⁷⁴.

Frise-se, ainda, que a Constituição representa o traço fundamental e unificador dos direitos fundamentais, cujo domínio pode ser definido pelo seu radical subjetivo (mais propriamente as posições jurídicas subjetivas atribuídas a todos os cidadãos), pela função de proteção (dos bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade)¹⁷⁵ e pela sua intenção específica manifestada num princípio de valor, como sendo o da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁷⁶.

Nada obstante a frequência com que o Tribunal Constitucional português se refere à dignidade da pessoa humana, não são muitos os momentos para densificação prática e útil deste princípio. A dignidade humana prevalece na perspectiva de limitação do Poder Público, como

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 298.

¹⁷² MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 228.

¹⁷³ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 59.

¹⁷⁴ MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 221-223. O referido autor ressalta diversos outros aspectos relacionados às projeções da proteção conferida à dignidade da pessoa humana pela ordem constitucional portuguesa, como o respeito pela liberdade da pessoa, sem pressupor a capacidade psicológica de autodeterminação. Destaca, ainda, ser perene, permanecendo independentemente de comportamentos sociais e que exige condições adequadas de vida material, como forma de assegurar a liberdade e o bem-estar do ser humano. Salienta também que a primazia da pessoa se traduz no “ser” e não no “ter”, devendo prevalecer a liberdade sobre a propriedade e que apenas a dignidade fundamenta a procura da qualidade de vida. Afirma que a dignidade de cada uma das pessoas antecede a vontade popular e que se situa além da cidadania portuguesa.

¹⁷⁵ Para José João Abrantes, a Constituição da República de Portugal “elevou o trabalhador, com fortes tintas e de modo claro, a paradigma constitucional”. ABRANTES, José João Nunes – O direito do trabalho e a Constituição. In: **Direito do Trabalho: Ensaio**. Lisboa: Cosmos, 1995. p. 42.

¹⁷⁶ QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 94.

forma de evitar violações dos valores por ela protegidos, sendo invocada numa “lógica normogenética”, no sentido de assegurar uma existência digna¹⁷⁷.

Pode-se afirmar que essa noção de dignidade impõe a proscrição absoluta de um tratamento discriminatório, estigmatizante ou humilhante da pessoa e a necessidade de ser preservada, na sua esfera jurídica, uma dimensão essencial e intocável de liberdade, privacidade, autonomia e bem-estar. Trata-se do reconhecimento da pessoa como sujeito independente e responsável pela sua própria vida, na proibição da coisificação e da instrumentalização denegridora da pessoa e na necessidade de garantia razoável de condições materiais mínimas que permitam a conformação autônoma do seu destino¹⁷⁸.

Destaque-se, outrossim, que, em razão de sua superioridade no plano axiológico, não raro a dignidade da pessoa humana é apontada como um direito absoluto¹⁷⁹. Essa orientação coincide com a abraçada pela filosofia kantiana, que erigiu a máxima que exprime a dignidade humana – tratar as pessoas como fins, e nunca como meros meios – à condição de imperativo categórico, ou seja, de regra universal e incondicional, válida para toda e qualquer situação¹⁸⁰.

Entretanto, não há como conciliar a ideia da dignidade humana como um princípio com amplo raio de incidência e capacidade para incidir diretamente em vastos domínios da vida social, com o seu caráter absoluto. Na perspectiva da própria proteção da dignidade humana, é preferível concebê-la como um princípio de amplo espectro de incidência, mas relativo, do que tratá-la como um comando absoluto, mas de abrangência restrita¹⁸¹.

¹⁷⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 797.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 61.

¹⁷⁹ Neste sentido: ALVES, Cleber Francisco – **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 178. SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 76. SANTOS, Fernando Ferreira dos – **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 94-96. MORAES, Maria Celina Bodin de – O princípio da dignidade da pessoa humana. In **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 41-97.

¹⁸¹ Neste mesmo sentido: ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111-114. KLOEPFER, Michael – Vida e dignidade humana. Trad. Rita Dostal Zanini. In SARLET, Ingo Wolfgang, org. – **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 163-165. SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 124-141. BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 68. TORRES, Ricardo Lobo – O princípio fundamental da dignidade humana. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio

Todos os direitos, por mais importantes que sejam, encontram limites estabelecidos por outros direitos igualmente consagrados no texto constitucional (princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas)¹⁸². Se os indivíduos tivessem a prerrogativa de algum direito absoluto, a relação com outros detentores do mesmo direito seria problemática, pois se houvesse uma cedência recíproca, a tese ficaria inviabilizada por este paradoxo¹⁸³.

Afirmar que a dignidade humana é relativa não equivale a recusar a natureza absoluta de algumas das suas concretizações. Ademais, negar o caráter absoluto da dignidade humana não significa aceitar a banalização das restrições a este princípio. Apesar de não ser absoluta em toda a sua extensão, a dignidade humana, pela sua estatura moral e relevância ímpar no sistema constitucional, deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesses, de forma que, nos casos em que esteja efetivamente presente, ela quase sempre prevaleça no confronto com outros bens e princípios¹⁸⁴.

Este debate acerca da relativização da dignidade humana ganha relevo num momento em que a evolução da ciência e da tecnologia torna imperioso o estudo da bioética¹⁸⁵ e do biodireito¹⁸⁶, em virtude de os diversos experimentos saírem do campo da ficção científica e aportarem na realidade social, trazendo assim riscos e vantagens. A partir da análise dos reais benefícios que esses avanços trarão para a Humanidade, defluem questionamentos bioéticos, notadamente nas esferas da engenharia genética e da biotecnologia¹⁸⁷.

Carlos Rodrigues do, coord. – **Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005. p. 885-894.

¹⁸² CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 168.

¹⁸³ ALEXYY, Robert – **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 108-109.

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 98.

¹⁸⁵ A bioética consiste no estudo transdisciplinar que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental, considerando essencialmente as questões sobre as quais não existe consenso moral, amparada nos princípios da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça.

¹⁸⁶ O biodireito é um novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito, que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia. Tem por princípios basilares: a autonomia; a beneficência; a sacralidade da vida; a dignidade humana; a justiça; o princípio da cooperação entre os povos; o princípio da ubiquidade, que prevê a necessidade de proteção global contra experimentações indevidas, sobretudo as que envolvam alteração de células germinativas humanas; e o princípio da precaução.

¹⁸⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – A bioética, o biodireito e a biotecnologia na pós-modernidade e os reflexos na alimentação humana. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos

O progresso científico permitiu o conhecimento sobre aspectos antes intangíveis do ser humano, possibilitando uma compreensão única sobre a origem e o desenvolvimento da espécie. O avanço decorrente do Projeto Genoma Humano permitiu a análise da composição genética de cada indivíduo e o diagnóstico de inúmeras doenças. A detecção de afecções de manifestação tardia conferiu amplas potencialidades à tecnologia genética, principalmente no âmbito da medicina preditiva.

As possibilidades abertas pelo conhecimento preditivo, capaz de antever doenças antes de os sintomas se manifestarem, geram fascínio, mas também trazem consequências negativas nunca antes imaginadas para as relações sociais. Concomitante aos benefícios alcançados em termos de qualidade e expectativa de vida estão as possíveis agressões ao ser humano. Além disso, a rapidez com que as inovações são anunciadas não permite que se absorvam todas as implicações sobre o conhecimento produzido, fato que desafia os mecanismos tradicionais de obtenção do saber, dificultando a normatização e a discussão dos novos problemas. Lacunas se abrem entre as novas oportunidades e a necessidade de regulamentação¹⁸⁸.

Toda a discussão em torno da possibilidade ou não de o empregador ter acesso às informações genéticas do trabalhador deve levar em conta o fato de que o trabalho se traduz num legítimo instrumento de concretização de sua dignidade¹⁸⁹, a ser utilizado com vistas ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas convicções e objetivos. Assim, o ser humano, no desempenho do valor social que é o trabalho, não poderá ser utilizado como mero objeto ou meio para a realização do querer alheio¹⁹⁰.

1.3. Os aspectos multidimensionais do direito fundamental ao trabalho

O conceito de trabalho, como energia despendida pelo ser humano na produção de bens ou na prestação de serviços, assim como a concepção que lhe era dada por cada sociedade

Eduardo Nicoletti, coord. – **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174-175.

¹⁸⁸ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 7.

¹⁸⁹ “O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas”. REALE, Miguel – **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 210.

¹⁹⁰ RESENDE, Renato de Souza – A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de, coord. – **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.

num dado momento histórico, veio evoluindo e se desenvolvendo ao longo dos séculos. Pode-se afirmar que o enfoque social sobre o trabalho partiu, inicialmente, de valores negativos¹⁹¹, ligados a sentimentos de sofrimento e de pesados encargos, denotando atividade indigna ao cidadão, para atingir a atual concepção de verdadeiro pilar das noções de cidadania e de dignidade da pessoa humana, cuja valorização social constitui fundamento da própria atividade econômica no bojo da qual ele se desenvolve¹⁹².

Atualmente, não se discute a relevância da efetividade do direito ao trabalho como instrumento de se atribuir concretude à dignidade humana, sendo indispensável à configuração da sociedade inclusiva que caracteriza um Estado Democrático de Direito. Trata-se de direito social que reafirma a própria condição de cidadão, uma vez que, dentro de uma perspectiva contemporânea, a noção de cidadania pressupõe o acesso a direitos que permitam ao indivíduo o desenvolvimento de todas as suas potencialidades, inclusive participar de forma ativa, organizada e consciente da construção da vida coletiva no Estado Democrático¹⁹³.

Neste contexto é que se destaca o trabalho como relevante fator de inclusão social, pois se apresenta como a atividade que proporciona a interação entre os indivíduos, de modo a atribuir sentido e utilidade social às suas vidas. Traduz-se em estrutura fundamental à construção individual da identidade, consistindo em condição ímpar à atribuição da qualidade de cidadão e à implementação de mecanismos de integração na sociedade. Constitui, por esta razão, um dos pilares do sistema capitalista e democrático¹⁹⁴.

Para Dalmo de Abreu Dallari:

“O trabalho permite à pessoa humana desenvolver sua capacidade física e intelectual, conviver de modo positivo com outros seres humanos e realizar-se integralmente como pessoa. Por isso o trabalho deve ser visto como um direito de todo ser humano”¹⁹⁵.

¹⁹¹ A expressão “trabalho” é oriunda do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar. Desta forma, a primeira concepção deferida ao referido vocábulo denotava fadiga, esforço, sofrimento, cuidado, encargo, ou seja, valores negativos, dos quais se afastavam os cidadãos livres e os mais afortunados.

¹⁹² VILLELA, Fabio Goulart – **Introdução ao direito do trabalho: história e principiologia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura - **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 7.

¹⁹⁴ AMARO, Maria Inês – **O trabalho como direito humano?** [Em linha]. Lisboa: Janus, 2008. [Consult. 30 Out. 2017]. Disponível em http://janusonline.pt/2008/2008_4_1_3.html.

¹⁹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu – **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 40.

O acesso ao trabalho se consubstancia no modo mais expressivo de se obter uma existência digna, pois, por meio dele, o trabalhador tem a oportunidade de construir a sua identidade, promover a sua saúde psíquica, estabelecer relações sociais e participar ativamente da sociedade¹⁹⁶.

Deste modo, o trabalho é a atividade humana diretamente relacionada com a própria vida, pois assegura a sobrevivência da pessoa, garantindo a sua dignidade. Apresenta-se como direito social fundamental, cuja reivindicação é essencial, fazendo parte de todas as declarações de direito contemporâneas¹⁹⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 23.1, indica o trabalho como direito fundamental, dispondo que todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis ao trabalho e à proteção contra o desemprego¹⁹⁸.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também enuncia, no artigo 14º, que toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente a sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes¹⁹⁹.

O artigo 6º, nº 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que os Estados-Partes reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar este direito²⁰⁰.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no seu artigo 15º, nº 1, ao se reportar à liberdade profissional e ao direito de trabalhar, estabelece que todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceita²⁰¹.

¹⁹⁶ ROCHA, Duílio Lima – A construção histórica da cidadania mediante o acesso ao trabalho e à previdência. In FURTADO, Emmanuel Teófilo; NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias, org. – **Teoria da Cidadania e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016. p. 70.

¹⁹⁷ COSTA, Sandra Morais de Brito – **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

¹⁹⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

¹⁹⁹ Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das – **Legislação de direito internacional do trabalho e da proteção internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 376-378.

²⁰⁰ Adotada pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das – **Legislação de direito internacional do trabalho e da proteção internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 390-396.

²⁰¹ PAIS, Sofia Oliveira – **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 296.

A partir da análise destas normas internacionais, verifica-se que o direito ao trabalho não se traduz no direito subjetivo de todo cidadão à obtenção de um posto de trabalho. Na verdade, trata-se de um direito que apresenta múltiplas dimensões, de modo a impor obrigações ao Estado (eficácia vertical), assim como aos próprios particulares (eficácia horizontal).

A eficácia vertical dos direitos fundamentais, ao impor abstenções e tarefas ao Poder Público, justifica-se como um mecanismo de defesa do cidadão, considerando que o Estado consiste em um dos maiores ameaçadores dos direitos e liberdades individuais. No plano da eficácia horizontal, diante da possibilidade desta violação de direitos e liberdades ser praticada por particulares, atribui-se ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais²⁰².

Ressalte-se que a ordem constitucional não se presta apenas a regular a atuação do Poder Público, mas também daqueles que se submetem ao território em que é aplicada. Quando o constituinte estabelece que a proteção aos direitos fundamentais constitui fundamento do ordenamento jurídico, significa dizer que todos os que estão submetidos ao império do texto constitucional devem observar e respeitar os direitos fundamentais²⁰³.

Dentro desta perspectiva, o Estado tem a obrigação de atuar de maneira a possibilitar a fruição do direito fundamental ao trabalho, como forma de assegurar a sua eficácia, além de contribuir para a construção e o aperfeiçoamento do Estado de Direito. O trabalhador não pode ficar à mercê de um Poder Público violador de seus direitos fundamentais. Cumprido o seu papel, o Estado deve impor, ainda, além do cumprimento, a não violação desses direitos fundamentais em face de terceiros²⁰⁴.

Cabe também ao Estado a elaboração e a implementação de políticas públicas que promovam a qualificação profissional e a igualdade de acesso ao mercado de trabalho, punindo as práticas discriminatórias atentatórias às liberdades fundamentais, que impedem a inclusão laboral dos grupos sociais vulneráveis²⁰⁵. Em síntese, atribui-se ao Estado a obrigação de criar

²⁰² ROCHA, Fábio Ribeiro da – **Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente seguro e adequado – A responsabilidade civil do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2016. p. 26.

²⁰³ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Alves – Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas - In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 333.

²⁰⁴ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 42.

²⁰⁵ De acordo com o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República Federativa do Brasil, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

as condições necessárias para que o trabalhador tenha assegurada a igualdade de oportunidade a uma ocupação que lhe permita a sua subsistência²⁰⁶.

Destaca-se, nesse sentido, a norma prevista no artigo 58º da Constituição da República Portuguesa que, após assegurar a todos o direito ao trabalho, impõe ao Estado o dever de promover a execução de políticas de pleno emprego; a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais; a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores²⁰⁷.

Por sua vez, os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade não autorizam a adoção por parte das entidades patronais de critérios odiosos ou de classificações suspeitas para efeitos de admissão ou de manutenção no emprego, sendo vedada qualquer distinção, exclusão ou preferência não relacionada à natureza das atribuições a serem exercidas pelo empregado, assim como às qualificações profissionais legalmente exigíveis.

Trata-se da igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho. O trabalho deve ser oferecido a todos que possuam as habilidades necessárias, sem distinções infundadas, assim como as oportunidades, no âmbito das organizações, devem ser oferecidas dentro desta mesma óptica.

Também deve ser assegurado que o trabalhador possa exercer um trabalho que tenha sido livremente escolhido ou aceito, de forma a se preservar a liberdade do consentimento no momento da contratação e da própria execução dos serviços, bem como a sua liberdade de locomoção e de autodeterminação. Deste modo, o trabalho deve ser de livre escolha do trabalhador, respeitadas as condições que a lei estabelecer²⁰⁸, não sendo possível sujeitar o trabalhador ao exercício não espontâneo do trabalho²⁰⁹.

²⁰⁶ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 49.

²⁰⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 54.

²⁰⁸ A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 47º, nº 1, dispõe que todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade. Do mesmo modo, o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

²⁰⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 50.

Destarte, quando o legislador constituinte estabelece o direito social ao trabalho, leia-se ao trabalho digno, não albergando as condições laborais aviltantes à dignidade da pessoa humana do trabalhador, como as que caracterizam o trabalho escravo contemporâneo²¹⁰.

A escravidão moderna compreende uma variedade de violações dos direitos humanos, não se limitando a um atentado contra a liberdade pessoal da vítima. O que se faz é negar ao trabalhador os direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos. Antes de se atentar contra a liberdade, violenta-se a dignidade.

O escravo moderno encontra-se em situação vulnerável, sem qualquer perspectiva de realizar outra atividade que garanta sua sobrevivência e sem o grau de conhecimento mínimo que lhe permita questionar as péssimas condições de trabalho que lhe são oferecidas. Assim, para a caracterização do trabalho em condição análoga à de escravo, o que deve ser observado é o grau de domínio que exerce o tomador dos serviços em relação ao trabalhador; a sujeição que o primeiro impõe ao segundo²¹¹. Tudo isso leva a um estado em que sua vontade é anulada, acarretando uma situação de sujeição²¹².

Endossando esta mesma concepção, o artigo 149 do Código Penal brasileiro dispõe que a redução a condição análoga à de escravo comporta as seguintes modalidades: o trabalho forçado, a jornada exaustiva, as condições degradantes e o regime de servidão por dívidas²¹³. Acresce, em seu § 1º, que nas mesmas penas incorre quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; ou que mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho²¹⁴. O crime em comento é uma violação

²¹⁰ Segundo os dados constantes no Observatório Digital de Trabalho Escravo no Brasil (MPT/OIT), foram resgatados 43.428 trabalhadores no período de 2003 a 2017, contando mais de 50.000 trabalhadores resgatados desde 1995. Disponível em <https://observatorioescravo.mpt.mp.br/>.

²¹¹ “Como revela a evolução do direito internacional sobre o tema, a ‘escravidão moderna’ é mais sutil e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos” (...) “A violação do direito ao trabalho digno, com impacto na capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação, também significa ‘reduzir alguém a condição análoga à de escravo’”. Supremo Tribunal Federal - ADPF 489 MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber, decisão liminar em 23.10.2017 [Em linha]. [Consult. 18 Nov. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF489liminar.pdf>.

²¹² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente – Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e outras Formas de Trabalho Indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 73.

²¹³ Art. 149, *caput*, do CP: “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada excessiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” (Redação dada pela Lei nº 10.803/2003).

²¹⁴ Enquanto que o trabalho escravo típico compreende as modalidades inseridas no tipo previsto no artigo 149, *caput*, do Código Penal (trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho e restrição de

direta ao principal atributo do ser humano, que é a sua dignidade, pois qualquer das condutas descritas no tipo penal é a negação desse atributo, reduzindo a pessoa à condição de coisa.

A despeito da definição prevista na Convenção nº 29 da OIT²¹⁵, configura-se o trabalho forçado ou obrigatório, não somente com a ausência de livre consentimento do trabalhador, mas também quando o caráter obrigatório da prestação de serviços decorra da anulação de sua vontade, por qualquer circunstância.

A vulnerabilidade da vítima do trabalho escravo contemporâneo impõe um estado de sujeição que acarreta o cerceamento da liberdade de locomoção e de autodeterminação por meio de mecanismos de coação psicológica e/ou física.

A “senzala moderna” são os barracões incrustados em localidades inóspitas e de difícil acesso, ou mesmo os precários alojamentos situados nos grandes centros urbanos, ponto final de uma viagem que se inicia com o aliciamento de trabalhadores, através dos conhecidos “gatos”, ou diretamente pelos tomadores de serviços, em diversas regiões do Estado Brasileiro.

Como uma das modalidades de trabalho escravo contemporâneo, a jornada exaustiva pode ser definida como a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade²¹⁶.

Tão importante quanto o excesso de trabalho é a análise da natureza da atividade, das condições do trabalho, do ritmo, da frequência, do desgaste, das características psicofisiológicas do trabalhador e, enfim, da impossibilidade de recomposição das energias de trabalho entre jornadas²¹⁷.

locomoção por dívida contraída), o trabalho escravo por equiparação alcança as hipóteses arroladas no § 1º do mesmo artigo. Nas três modalidades previstas no artigo 149, § 1º, do Código Penal, o objetivo é um só: a retenção do trabalhador no local da prestação dos serviços.

²¹⁵ O conceito de trabalho forçado ou obrigatório encontra-se no item 1 do seu artigo 2º, sendo considerando como todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

²¹⁶ Orientação nº 03 da CONAETE - Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério Público do Trabalho (Brasil).

²¹⁷ “(...) jornada exaustiva não é jornada prolongada. A realização de horas extras e a supressão de intervalos, apesar de se revelarem irregularidades trabalhistas lesivas à higidez física, psíquica e social dos trabalhadores, não são aptas a caracterizar, por si só, trabalho escravo. (...). A verificação da exaustão exige não apenas aferir o número de horas efetivamente trabalhadas, mas principalmente e sobretudo o modo como o trabalho é prestado. A exaustão, como elemento caracterizador do trabalho escravo, demanda uma jornada excessivamente extenuante, incompatível com a condição humana e apta a exaurir física e mentalmente o trabalhador, subjugado a objeto descartável na produção de riquezas econômicas”. CAVALCANTI, Tiago Muniz - **As horas extras de Sua Excelência** [Em linha]. Recife: Diário de Pernambuco, 2017. [Consult. 14 Dez. 2017]. Disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2017/10/25/interna_politica,728138/tiago-muniz-cavalcanti-as-horas-extras-de-sua-excelencia.shtml.

Por sua vez, as condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador²¹⁸.

O regime de servidão por dívidas corresponde à violação da liberdade de disposição do salário pelo trabalhador, por meio de descontos abusivos, em razão de dívidas contraídas, impedindo o rompimento da relação de trabalho. É a restrição ao direito do trabalhador de cessar a prestação de serviços, por coação ou qualquer outro meio, em razão de dívida deste para com o tomador ou prepostos²¹⁹. Trata-se de flagrante violação ao princípio da intangibilidade salarial, em ofensa às normas contidas no artigo 462, *caput*, e §§ 3º e 4º, da CLT²²⁰.

Assim, pode-se afirmar que o trabalho em condição análoga à de escravo consiste em gênero, que compreende modalidades aviltantes de exploração da mão de obra, atentando não apenas contra a liberdade pessoal²²¹, mas sobretudo contra a dignidade da pessoa humana e o

²¹⁸ Orientação nº 04 da CONAETE - Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério Público do Trabalho (Brasil).

²¹⁹ “(...) o trabalhador, em regra aliciado com promessas enganosas, é recrutado para trabalhar em regiões distantes de sua casa, trazendo consigo a dívida contraída com o ‘gato’ pelo seu transporte e pelo adiantamento de ‘salário’ fornecido para cobrir despesas iniciais ou para deixar guarneçada a família. O pagamento ao dono da pensão que o acolheu enquanto estava sem dinheiro, também é uma despesa várias vezes registrada no caso daqueles que são considerados – ‘peões de trecho’. Este último (o dono da pensão) é uma importante peça nesta perversa engrenagem, uma vez que alimenta o ciclo de exploração, mantendo o trabalhador preso a dívidas impagáveis, a fim de que, oportunamente, possa ‘vender’ o trabalhador a outro aliciador que apareça em busca de mão de obra. Chegando ao local da prestação dos serviços, os trabalhadores são obrigados a adquirir equipamentos de proteção individual (quando fornecidos), ferramentas de trabalho, alimentação, vestuário e demais produtos de primeira necessidade, os quais são vendidos com exclusividade pelo proprietário da terra ou preposto seu, por preços muito acima dos praticados no mercado. Tal prática, conhecida como *truck system* ou política do barracão, mantém os trabalhadores em constante estado de sujeição a dívidas”. MELO, Luís Antônio Camargo de - Laudo Pericial: Fazenda Brasil Versus República Federativa do Brasil. In PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz, org. - **Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios**. São Paulo: LTr, 2017. p. 378.

²²⁰ De acordo com o artigo 462, *caput*, da CLT (Brasil), ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. Por sua vez, estabelece o comando previsto em seu § 3º que sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados. Por último, prevê a norma do § 4º do mesmo artigo ser vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor do seu salário.

²²¹ O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Esta decisão, invocando precedentes de outros tribunais internacionais, esclarece que a configuração da escravidão contemporânea prescinde da limitação da liberdade de locomoção, evidenciando-se quando um homem exerce sobre o seu semelhante, direta ou indiretamente, um dos denominados “atributos do direito de propriedade”, a saber: a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido a ameaça de uso da violência ou outras

valor social do trabalho, além de diversos outros fundamentos, princípios e valores que norteiam um Estado Democrático de Direito.

Outro aspecto concernente ao direito ao trabalho é o direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde e a segurança do trabalhador, sendo dever atribuído ao empregador a manutenção da higidez do meio ambiente laboral²²².

A primeira meta em matéria de condições de trabalho deve ser a preservação do ambiente em condições de salubridade e segurança, pois a qualidade de vida é o ponto de partida para qualquer forma de relacionamento ou de atividade.

Em Portugal, o artigo 127º, nº 1, c) e g), do Código do Trabalho impõe ao empregador os deveres de proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral, e de prevenir riscos e doenças ocupacionais, tendo em conta a proteção da segurança e da saúde do trabalhador, devendo indenizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho²²³.

No Brasil, o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República de 1988 assegura aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Por sua vez, segundo a norma contida no artigo 157, incisos I e II, da CLT, cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho e instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais²²⁴.

A implementação de medidas preventivas que venham a reduzir os riscos ocupacionais se traduz em direito fundamental, não bastando às empresas cumprir as normas de saúde e segurança do trabalho, mas também devendo fazê-las cumprir, de modo a dar efetividade a estes mandamentos cogentes ou de ordem pública e que, por isso, são inderrogáveis pela vontade de qualquer dos sujeitos contratantes.

Trata-se, portanto, de direito fundamental cujos titulares encontram-se dispersos no seio da sociedade, de nítido caráter difuso, transcendendo a esfera do direito meramente individual, de forma a beneficiar, de uma só vez, todos os componentes de um meio social. A

formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro, i) exploração.

²²² “A ordem jurídica trabalhista atribui ao empregador a responsabilidade exclusiva pelos ônus decorrentes da atividade econômica e pelos contratos de trabalho celebrados”. VILLELA, Fabio Goulart – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 130.

²²³ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 72.

²²⁴ CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452/43, de 1 de Maio [Em linha]. [Consult. 31 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

natureza transindividual e indivisível deste direito humano de terceira dimensão advém da impossibilidade de se assegurar um meio ambiente salubre e hígido a apenas uma parte de determinada coletividade, sem alcançá-la em sua plenitude. A observância do direito de um perpassa necessariamente pelo cumprimento do direito de todos.

A construção e a preservação de um ambiente laboral imune às ações de agentes insalubres e perigosos à integridade física e psíquica do trabalhador, aliada à efetiva redução dos riscos laborais, através da adoção de medidas de saúde e segurança do trabalho, são preciosos mecanismos que integram, inequivocamente, a política pública de prestação dos serviços de saúde. Onde haja o dispêndio de energia laborativa por pessoa física, ter-se-á configurada uma relação de trabalho, reivindicando a observância de todas as normas de higiene, de saúde e de segurança do trabalho, de modo a dar efetividade e concretude ao princípio ambiental da prevenção, evitando-se infortúnios e doenças decorrentes da incúria do respectivo tomador.

Assegurar o direito ao trabalho é atribuir concretude à dignidade, enquanto qualidade intrínseca a todo ser humano. É possibilitar o acesso do cidadão a instrumento indispensável à sua subsistência, à sua identificação no seio social, assim como à realização de seus sonhos e desejos. Por isso, o direito ao trabalho não legitima qualquer modalidade de labor humano, mas apenas os que não atentem contra a dignidade humana, com estrita observância do patamar mínimo civilizatório de direitos previamente consignados na ordem constitucional e legal.

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

“Esse entendimento pautado no ser humano enquanto centro convergente de direitos, porque fim em si mesmo, deve orientar inclusive as relações de trabalho e seu correspondente: o Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho corresponde, pois, no mínimo, ao direito a um trabalho digno, o que significa dizer *o direito a um trabalho minimamente protegido*.

Entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, *desde que prestado em condições dignas*. Ou seja, *o valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano*. Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva.

Se existe um direito fundamental, deve também existir um *dever fundamental de proteção*. Quando o Direito se utiliza da regulamentação jurídica, significa que ele servirá como suporte de valor para proteger o homem em seus direitos”²²⁵.

²²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 63.

Nas palavras de João Leal Amado:

“(…) o trabalhador não é, apenas, um ser laborioso e produtivo, alguém que se dedica a cumprir escrupulosamente as múltiplas obrigações emergentes do contrato de trabalho, vendendo as suas energias laborais com o fito de obter um determinado rendimento patrimonial; antes e mais do que trabalhador, ele é uma pessoa e um cidadão, ainda que, ao celebrar e executar o contrato de trabalho, ele fique colocado sob a autoridade e direcção de outrem, inserindo-se no respectivo âmbito de organização”²²⁶.

Diga-se que o conceito de Estado Democrático de Direito funda-se num inovador tripé conceitual: pessoa humana e sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; e sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva²²⁷. Assim, a pessoa humana, com sua dignidade, constitui o ponto central do Estado Democrático de Direito, o que justifica a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz cardeal de toda a ordem jurídica, com firme assento constitucional.

O direito ao trabalho é um direito humano de segunda dimensão ligado diretamente à ideia de dignidade da pessoa humana e à noção de Estado Democrático de Direito. Esse valor intrínseco da pessoa humana, além de delimitar a positivação do trabalho, tutelando-o e estimulando-o, serve ao mesmo tempo de paradigma a ideias negativas de trabalho rechaçadas e combatidas constitucionalmente²²⁸.

Considerando o direito ao trabalho como um direito humano e fundamental, diversas normas internacionais e nacionais o asseguram e o protegem face ao capitalismo, que, em última instância, sustenta-se com o trabalho. Dito de outra forma, o capitalismo não pode se valer da exploração do trabalho, devendo haver uma reciprocidade entre o capitalismo e o trabalho humano, atendendo a critérios de justiça social. A relação empregado-empregador deve ser marcada pela legalidade e solidariedade, jamais pelo espírito de competição, de inveja e destruição²²⁹.

Na ordem constitucional brasileira, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui objetivo

²²⁶ AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 228.

²²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 43.

²²⁸ SANTOS, Rodrigo Leonardo de Melo – **A discriminação de homens gays na dinâmica da relação de emprego: reflexões sob a perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2017. p. 116.

²²⁹ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 41-42.

fundamental traçado no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988. O direito à igualdade resta enunciado no artigo 5º, *caput*, sendo assegurado em seu inciso III que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. O inciso X enuncia a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cabendo ao inciso XXIII afirmar que a propriedade atenderá a sua função social.

Na Constituição da República Portuguesa, a centralidade da dignidade da pessoa humana encontra assento na norma do artigo 1º²³⁰, sendo assegurada nos artigos 24º e 25º a inviolabilidade da vida e da integridade moral e física das pessoas. Diversos outros direitos pessoais são afirmados no artigo 26º, como 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 proteção legal contra quaisquer formas de discriminação²³¹.

Como se não bastasse, o Código do Trabalho de Portugal²³², em seu artigo 15º, dispõe que o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral. O artigo 24º garante o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, proibindo-se a discriminação direta ou indireta no artigo 25º, além da previsão no artigo 28º de pagamento de indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Estes fundamentos, objetivos e direitos fundamentais impõem limites ao exercício do poder diretivo do empregador, evitando-se o abuso de direito.

O *status* de regramento de direitos humanos constitucionais fundamentais que têm os princípios, regras e institutos que regulam os direitos da personalidade aplicáveis às relações de trabalho confere-lhes nova e irreprimível força normativa²³³. Assim, o empregador tem o dever de respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, tanto aqueles previstos de forma expressa, quanto os implícitos. O trabalho prestado pelo trabalhador de modo subordinado não pode significar um meio de violação desses direitos, sob qualquer hipótese²³⁴.

²³⁰ Constituição da República Portuguesa – art. 1º: “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”.

²³¹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 34.

²³² CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 30-35.

²³³ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 690.

²³⁴ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 38.

Demonstrando preocupação com possíveis violações dos direitos fundamentais dos trabalhadores, José João Abrantes ressalta que, em uma democracia, deve haver a necessária irradiação desses direitos sobre as relações privadas, notadamente em razão do poder econômico e de fato que estes exercem sobre a parte hipossuficiente da relação empregatícia²³⁵.

Num mundo globalizado e competitivo, torna-se cada vez mais incessante a busca pelo aprimoramento da produção, pelo aumento da produtividade e pela ampliação das fontes de consumo. Neste contexto socioeconômico, não é rara a adoção de métodos de trabalho que implicam dissimulada violência à dignidade da pessoa humana do trabalhador, cujos prejuízos decorrentes não se limitam à individualidade atingida.

O Direito do Trabalho nasceu e vem se desenvolvendo no sentido de buscar, por meio da proteção dos direitos fundamentais, tutelar a integridade do empregado, como forma de manter a sua higidez física e intelectual²³⁶.

É direito da personalidade o respeito à condição pessoal e profissional do trabalhador, constituindo constrangimento moral o comportamento patronal indigno, decorrente do exercício abusivo do poder de comando no tratamento pessoal do empregado²³⁷.

Sustenta Teresa Alexandra Coelho Moreira:

“Preconiza-se que perante um conflito ou colisão entre os interesses organizativos e produtivos do empregador e o respeito à dignidade e privacidade dos trabalhadores ou, eventualmente, a outros direitos fundamentais, deve dar-se primazia a estes últimos. A não ser assim, parece que se estaria a esvaziar de sentido os princípios e fins básicos que caracterizam o Direito do Trabalho como disciplina compensadora e equilibradora de desigualdades reais entre empregadores e trabalhadores. Defende-se que o poder de controlo e de vigilância do empregador não pode atingir uma dimensão tal que ofenda a dignidade da pessoa humana e o pleno gozo dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição. A actividade de controlo deve ser exercida sob a ideia da ‘exclusiva óptica técnico-organizativa da produção’, tendo em atenção que tal actividade tem de atender aos valores constitucionais de protecção da pessoa, devendo o possível conflito de direitos resolver-se a favor dos interesses dos trabalhadores”²³⁸.

²³⁵ ABRANTES, José João Nunes – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 15.

²³⁶ KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do direito do trabalho à luz dos direitos fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017. p. 43.

²³⁷ BELMONTE, Alexandre Agra – **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 88.

²³⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 409.

Assim, os direitos fundamentais exercem o relevante papel de resguardo à dignidade e integridade do ser humano nos mais variados aspectos, inclusive aqueles relacionados ao âmbito laboral, de modo a proteger a pessoa nos seus mais íntimos valores, sejam psíquicos, físicos ou morais²³⁹.

Destarte, o que se tutela é o trabalho digno. Primeiro, em razão do nexó lógico existente entre direitos fundamentais e o alicerce do Estado de Direito Democrático, que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas pode ser considerado um eficaz instrumento de viabilização da emancipação do trabalhador e de reafirmação de sua cidadania e identidade social²⁴⁰.

No entanto, a assimetria que caracteriza a relação de trabalho justificou desde cedo a intervenção do legislador neste domínio contratual, haja vista a necessidade de promover um determinado equilíbrio, como forma de compensar a hipossuficiência econômica do trabalhador e de se evitar que o empregador abuse dos poderes que o próprio quadro de conflito de interesses lhe confere.

O Direito do Trabalho surge como ramo jurídico “finalisticamente determinado”²⁴¹, apresentando um “vasto sistema de controlo da liberdade contratual”²⁴², moldado em torno da finalidade de proteção da pessoa do trabalhador e do seu princípio-chave: o princípio da proteção do empregado²⁴³.

Atendendo à desigualdade fática existente entre os sujeitos da relação laboral impôs-se “uma limitação da autonomia privada, quanto à liberdade de conformar o conteúdo do contrato de trabalho”²⁴⁴.

Deste modo, possui extrema relevância para a construção da cidadania, pois serve de instrumento que legitima as garantias dos trabalhadores diante de situações violadoras de seus

²³⁹ CORTEZ, Julpiano Chaves – **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Ltr, 2015. p. 32-33.

²⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 63-64.

²⁴¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte I. Dogmática-geral**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 54.

²⁴² AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 16.

²⁴³ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 68.

²⁴⁴ MARTINEZ, Pedro Romano – Os princípios e o direito do trabalho em Portugal. In SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro, coord. – **Os Novos Paradigmas do Direito do Trabalho (Homenagem a Valentin Carrion)**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 27.

direitos. Cumpre-lhe a função de “formador de cidadãos” quando honra com o seu papel originário de proteção à classe trabalhadora²⁴⁵.

A condição de trabalhador subordinado envolve necessariamente restrições da sua própria liberdade. É o caráter subordinado do trabalho que coloca especiais problemas, pois exprime-se numa dependência econômica e jurídica. O Direito do Trabalho aparece para promover uma certa libertação e para criar condições de igualdade entre indivíduos e classes desiguais. Pauta este relacionamento por uma detalhada regulamentação normativa, impedindo o “esmagamento dos mais fracos”²⁴⁶.

A dignidade humana exige condições adequadas da vida material e a procura de uma qualidade de vida satisfatória. É dela que se retiram, conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais dos cidadãos perante o Estado, nomeadamente em matéria juslaboral.

Por outro lado, o princípio da proteção do trabalhador, que se retira, diretamente, do princípio da igualdade, é fortemente influenciado pelo princípio da dignidade humana, principalmente no que diz respeito aos subprincípios dos direitos pessoais de cidadania dos trabalhadores ou da dignificação do trabalho²⁴⁷.

O princípio da proteção é um dos mais importantes no Direito do Trabalho, pois com base nele busca-se conferir ao empregado, a parte mais vulnerável na relação de emprego, uma superioridade jurídica capaz de lhe assegurar a tutela dos direitos mínimos previstos na legislação vigente. Em outras palavras, referido princípio insere-se na estrutura deste ramo especializado como uma forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, proporcionando, desta forma, a melhoria das condições de vida e o bem-estar social dos trabalhadores²⁴⁸. Reflete-se em todos os segmentos do Direito do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como Direito. Sem esta ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente²⁴⁹.

²⁴⁵ ROCHA, Duílio Lima – A construção histórica da cidadania mediante o acesso ao trabalho e à previdência. In FURTADO, Emmanuel Teófilo; NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias, org. – **Teoria da Cidadania e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016. p. 70.

²⁴⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 52-53.

²⁴⁷ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 122-123.

²⁴⁸ SARAIVA, Renato – **Direito do trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2008. p. 32.

²⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 196.

Ainda deve ser ressaltado que a ideia de dignificação do trabalho está intimamente associada à da obrigatoriedade da retribuição e à da sua proteção, e ambas decorrem, sem margem para dúvidas, do princípio da proteção do trabalhador. É deste princípio que resulta a necessidade de tutelar o trabalhador e de dignificação do seu trabalho, a qual passa, imperiosamente, pela garantia de que quem trabalha tem direito a uma retribuição e que esta deve ser justa e condigna, de forma a garantir ao trabalhador e à sua família o mínimo de dignidade na sua vida extralaboral²⁵⁰. A função teleológica do Direito, em relação ao trabalho, é a de garantir o acesso e o seu exercício em condições de dignidade, suprimindo modalidades que aviltem a condição humana²⁵¹.

O Direito do Trabalho, para ser considerado formador de cidadania, deve ser entendido como aquele capaz de honrar com as suas origens históricas, quais sejam, a proteção dos trabalhadores como homens livres, mas em posição hipossuficiente na relação laboral. Deve objetivar a proteção do trabalhador, buscando a preservação e a melhoria das condições de vida, respeitando sempre a cidadania²⁵².

Portanto, aos avanços sociais, em constante evolução, cabe ao Direito do Trabalho dispensar uma especial atenção, considerando a sua função primordial, que é a busca por melhores condições de trabalho, e porque não dizer, a busca por melhores condições de vida aos trabalhadores, por meio da atuação do Estado²⁵³.

Não obstante as transformações no mundo do trabalho contemporâneo e a necessidade de o Direito se adaptar às novas realidades que se impõem, o fato é que a ideia de que o trabalho humano não pode ser encarado como mercadoria ou artigo de comércio e que os direitos da personalidade do trabalhador devem ser preservados ainda se fazem presentes e devem ser observados²⁵⁴.

²⁵⁰ DRAY, Guilherme Machado – **O Princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 649-650.

²⁵¹ SANTOS, Rodrigo Leonardo de Melo – **A discriminação de homens gays na dinâmica da relação de emprego: reflexões sob a perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2017. p. 116.

²⁵² ROCHA, Duílio Lima – A construção histórica da cidadania mediante o acesso ao trabalho e à previdência. In FURTADO, Emmanuel Teófilo; NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias, org. – **Teoria da Cidadania e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016. p. 70.

²⁵³ KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho à luz dos direitos fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 53.

²⁵⁴ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 886-887.

A realização do direito ao trabalho impõe ao Estado a execução de uma política de pleno emprego e a incumbência de promover a igualdade de oportunidades na escolha da profissão e a não discriminação no acesso às ocupações e cargos profissionais. Trata-se de realizar e manter um nível elevado e estável de emprego e favorecer a criação de postos de trabalho, reforçando o princípio geral da igualdade e proibindo a discriminação em função de elementos injustificáveis²⁵⁵, tais como sexo, cor ou mesmo a composição genética da pessoa.

Por todas estas razões, a despeito do progresso vivenciado no âmbito da genética e da biologia molecular, que ampliou sobremaneira os horizontes da medicina preditiva, o direito social ao trabalho digno impede a adoção de critérios de seleção de pessoal ou de manutenção no emprego que atentem contra os direitos fundamentais do trabalhador, notadamente quando pautados na análise de suas informações genéticas.

Garantir o acesso ao trabalho é assegurar a possibilidade de insurgência contra as condições impostas pela natureza ou pela sociedade, na incessante busca pela realização e desenvolvimento pessoal²⁵⁶. Nas palavras de Rui Barbosa: “se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho”²⁵⁷.

Daí porque compete ao Direito do Trabalho a garantia de que homens e mulheres, no âmbito das relações laborais, não abandonem a condição de cidadãos, tampouco se dispam dos atributos jurídicos da sua Humanidade, a fim de que o trabalho continue sendo um eficiente veículo de concretização da dignidade, e não de degradação do Homem pelo próprio Homem.

1.4. O direito ao trabalho digno como limite aos poderes do empregador

Desde a Antiguidade até os dias atuais, o trabalho passou por diversas concepções, sendo desprezado e visto como fator de humilhação, até se tornar uma fonte de dignificação do ser humano. Na Idade Média, ocasião em que se experimentou um aumento populacional e, conseqüentemente, o crescimento das cidades e o desenvolvimento do comércio, atribuiu-se

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 764.

²⁵⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 80.

²⁵⁷ BARBOSA, Rui – **Oração aos moços**. Ed. Ridendo Castigat Mores. eBooks [Em linha]. [Consult. 2 Nov. 2017]. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/Libris/aosmoccos.html>.

uma maior importância ao trabalho. Essa perspectiva se mostrou mais evidente após o advento da Revolução Industrial, transformando-o na pedra de toque do sistema capitalista²⁵⁸.

Esse período foi caracterizado por elevada oferta de mão de obra para poucas vagas de trabalho, o que possibilitou aos tomadores de serviços a imposição das condições de trabalho que desejassem. Tal situação agravou-se em razão da inexistência de normas que garantissem o mínimo de proteção à classe trabalhadora. Some-se a isso a automação e a sua consequente aplicação na produção de bens e serviços, ocasionando insatisfação: de um lado, em relação àqueles que necessitavam de uma ocupação; de outro, aos que eram submetidos a condições indignas de trabalho. Essa crescente insatisfação teve o condão de fazer com que o capital e o Estado cedessem em parte, criando-se condições para que ocorresse a regulamentação das relações entre tomadores de serviços e trabalhadores²⁵⁹.

Neste exato contexto histórico, surge o Direito do Trabalho, em face da necessidade de regulamentação das causas das desigualdades presentes no âmbito laboral, com destaque para o nascimento do princípio da proteção²⁶⁰. Este ramo jurídico especializado é um produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais vivenciadas nesse período, sendo cientificamente desnecessária a busca de manifestações justaltrabalhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea”²⁶¹.

O crescimento e desenvolvimento normativo do Direito do Trabalho se deu de modo disperso e fragmentado, mas sempre teve como objetivo principal a “proteção do trabalhador subordinado contra os excessos do empregador na determinação das suas condições de trabalho, que um século de industrialização e de abstencionismo legislativo nesta área tinham tornado insuportáveis”²⁶².

Assim, considerando o objetivo do Direito do Trabalho e, com fundamento no princípio da proteção do trabalhador, a legislação trabalhista surge com uma natural tendência

²⁵⁸ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 19-22.

²⁵⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 16-17.

²⁶⁰ PASTORE, José Eduardo Gibello – A crise do direito do trabalho. In PASTORE, José Eduardo Gibello, coord. - **Uma Reflexão sobre as Relações de Trabalho: Homenagem ao Professor José Pastore**. São Paulo: LTr, 2013. p. 161.

²⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 88.

²⁶² RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O direito do trabalho na mudança: novos desafios e velhos problemas. In ROXO, Manuel M., coord. – **Trabalho, Economia e Sociedade: 100 anos de Inspeção do Trabalho em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 41.

protetiva, uma vez que o trabalhador em geral é visto como uma das classes mais ameaçadas e fragilizadas na sociedade.

Em um primeiro momento, essa proteção visava a abranger apenas as categorias mais vulneráveis, como as mulheres e os menores. Paulatinamente, evoluiu para contemplar um número maior de trabalhadores, não somente os ligados à prestação de serviços subordinados, mas também os àqueles legalmente equiparados, que se encontravam em uma situação de dependência econômica em relação ao tomador dos serviços²⁶³.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho, o princípio da proteção caracterizou-se como fator de desenvolvimento de várias áreas de regulação do Direito do Trabalho, destacando-se as metas horizontal e vertical concernentes a este objetivo de proteção. A meta vertical tem por escopo a elevação das condições de proteção do trabalhador, carecedor de tutela. Por sua vez, a meta horizontal procura estender essa tutela a um número maior de trabalhadores²⁶⁴.

Em que pese o escopo teleológico do Direito do Trabalho de proteção ao trabalhador, o fato é que, ao longo da história, diversos direitos fundamentais dos trabalhadores foram desrespeitados pelo Estado e por particulares. A relação laboral deve ser analisada sob o prisma de uma relação de poder, que alcança o empregado como sujeito subordinado juridicamente às ordens e determinações de outrem, o empregador, o qual detém poderes e prerrogativas ligadas à direção e fiscalização da atividade empresarial. É justamente no âmbito do trabalho que se encontra o campo fértil para discriminação e violação de direitos fundamentais, pois existe na relação laboral a “sujeição de um homem pelo outro, decorrente da necessidade do primeiro trabalhar e com isso garantir sua sobrevivência e de sua família”²⁶⁵.

Pode-se afirmar que somente haverá uma cidadania sócio-laboral quando o respeito pelos direitos fundamentais dos trabalhadores for uma prática rotineira entre a sociedade e os empregadores, “dentro dos limites de adequação funcional ou de admissibilidade para que foram conferidos”²⁶⁶.

²⁶³ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 70-71.

²⁶⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O Direito do Trabalho na mudança: novos desafios e velhos problemas. ROXO, Manuel M., coord. – **Trabalho, Economia e Sociedade: 100 anos de Inspeção do Trabalho em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 42-43.

²⁶⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de – **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 43.

²⁶⁶ ROCHA, Duílio Lima – A construção histórica da cidadania mediante o acesso ao trabalho e à previdência. In FURTADO, Emmanuel Teófilo; NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias, org. – **Teoria da Cidadania e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016. p. 70.

Nas relações de trabalho modernas, necessária se faz a observância de respeito pelos direitos da personalidade do cidadão, mormente quando inserido em um vínculo empregatício, ocasião em que a colocação da força de trabalho a favor de outrem implica inexoravelmente em alguma restrição da personalidade. Necessário, porém, que essa limitação não seja excessiva²⁶⁷.

Como forma de viabilizar a observância aos direitos fundamentais dos trabalhadores, mostra-se de extrema importância a imperatividade das normas jurídicas. Sabe-se que o Direito do Trabalho é composto, majoritariamente, de normas cogentes ou de ordem pública, as quais não podem ser flexibilizadas pelas partes, em razão da necessidade e do interesse do Estado na promoção e na realização da dignidade humana. Essa imperatividade visa, ainda, a assegurar ao trabalhador condições mínimas de existência²⁶⁸.

Para a garantia do acesso a um trabalho digno, mostra-se imprescindível a observância de uma série de direitos, nos planos individual e coletivo: a liberdade de escolha do trabalho; a igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho; o direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalhador; o direito a uma justa remuneração; o direito a justas condições de trabalho, englobando a limitação da jornada de trabalho e a existência de períodos de descanso; a proibição do trabalho infantil, pois prejudicial ao desenvolvimento de qualquer ser humano; a liberdade sindical; e a proteção contra o desemprego e outros riscos sociais²⁶⁹.

Negar ao trabalhador o direito ao trabalho em condições dignas é violar diretamente os seus direitos fundamentais, configurando-se a violação da dignidade da pessoa humana na esfera laboral. Deste modo, o direito ao trabalho digno apresenta-se como forma de promoção dos próprios direitos fundamentais²⁷⁰.

Não basta, porém, a previsão formal desses direitos. É necessário assegurar a sua existência no plano material, pois é no campo das relações de trabalho que se encontra terreno hábil para violação dos direitos fundamentais assegurados ao trabalhador. Assim, a autonomia privada deve encontrar seus limites na própria ordem constitucional. Em outras palavras, existe

²⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 147.

²⁶⁸ KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do direito do trabalho à luz dos direitos Fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 55-56.

²⁶⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 49-55.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

a liberdade para contratação, mas essa liberdade fica delimitada pelas cláusulas contratuais e pelo respeito aos direitos fundamentais do trabalhador. Na relação de trabalho não pode haver ofensas ao conteúdo mínimo dos direitos e liberdades do trabalhador, posto serem bens intangíveis, não alcançados, por isso, pela autonomia da vontade. Essa visão se impõe sobretudo pela leitura do Direito do Trabalho sob a óptica do ordenamento jurídico²⁷¹.

À luz do artigo 11º do Código do Trabalho de Portugal, contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a uma ou mais pessoas, no âmbito da organização e sob a sua autoridade²⁷².

No Brasil, o artigo 2º, *caput*, e § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho conceitua empregador como a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço, equiparando-se, para fins de relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados. Em relação à figura do empregado, o referido diploma normativo, em seu artigo 3º, o define como sendo toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário²⁷³.

Portanto, pode-se definir empregado e empregador como sujeitos de uma relação contratual, por meio da qual o primeiro se obriga, tácita ou expressamente, à prestação de seus serviços àquele, com o preenchimento dos elementos fáticos de uma relação de emprego: a pessoalidade, a onerosidade, a não eventualidade e a subordinação jurídica.

Dentre os elementos acima citados, destaca-se, sem dúvidas, a subordinação, a qual consiste no fenômeno jurídico por meio do qual ocorre uma limitação na autonomia privada do empregado, posto que se submete ao poder diretivo patronal no modo de desenvolvimento do trabalho. Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento, para quem a subordinação é a “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”²⁷⁴.

²⁷¹ ROCHA, Fábio Ribeiro da – **Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente seguro e adequado – A responsabilidade civil do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2016. p. 26-27.

²⁷² CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 29.

²⁷³ CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. [Consult. 31 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm

²⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro – **Iniciação ao direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 103.

Segundo Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

“(…) no âmbito das relações entre capital e trabalho, o poder somente pode ser estudado a partir do conceito de subordinação jurídica. A relação de emprego reconhece a subordinação jurídica como elemento intrínseco do contrato de trabalho, uma vez que a todo poder corresponde um necessário dever de subordinação jurídica do empregado face ao empregador. A relação de emprego é, portanto, vínculo socioeconômico que não se compreende sem a subordinação jurídica havida entre empregado e empregador”²⁷⁵.

Quanto à natureza desta subordinação, por ser decorrente da relação contratual e do poder diretivo do empregador, ambos de natureza jurídica, traduz-se igualmente num instituto jurídico. A subordinação jurídica, portanto, diferencia-se das demais formas de “utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão”²⁷⁶.

O contrato de trabalho surge marcado pelos atributos da inserção organizacional e da subordinação jurídica do trabalhador. Trata-se de um contrato que se cumpre e se executa, tipicamente, num quadro empresarial, sendo que a empresa se traduz num espaço de autoridade e de convivência. Além de um espaço hierarquizado, em que se desenvolvem relações de poder, a empresa também consiste num espaço relacional, no qual a intersubjetividade das pessoas se vai forjando no quotidiano²⁷⁷.

Em razão da subordinação jurídica, o empregado obriga-se a laborar sob a autoridade do empregador, colocando-se numa posição de dependência²⁷⁸. Conforme Sandra Lia Simón, a primeira consequência que surge do fato de a prestação de serviços ser realizada por conta alheia é a sujeição do trabalhador às determinações do empregador, ao qual cumpre disciplinar o modo de desenvolvimento da dinâmica laboral. Destaca, entretanto, que esse poder diretivo conferido a quem detém os meios de produção não é absoluto²⁷⁹.

Considerando que o empregador é o titular da atividade econômica, assumindo os riscos decorrentes da sorte de seu empreendimento, a ordem jurídica lhe confere um conjunto

²⁷⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de – **Direitos da personalidade do trabalhador e o poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013. p. 22. Para a referida autora: “A subordinação jurídica compreende, assim, a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador. Na relação de emprego, o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador. É por intermédio do exercício do poder empregatício que se instrumentaliza a subordinação jurídica no contexto da relação de emprego” (p. 23).

²⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 304.

²⁷⁷ AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 233.

²⁷⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 433.

²⁷⁹ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 40-41.

de prerrogativas para promover a organização e o controle da dinâmica empresarial²⁸⁰. O poder empregatício consiste no complexo de faculdades legalmente asseguradas ao empregador no contexto da relação de emprego quanto à direção, regulamentação, fiscalização e disciplina da atividade econômica e da própria prestação de serviços²⁸¹. Em seus desdobramentos, esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, assegurando-lhe enorme influência no âmbito do contrato de trabalho e da própria sociedade²⁸².

Nas palavras de Teresa Alexandra Coelho Moreira:

“Com a celebração do contrato de trabalho o empregador passa a dispor do trabalho pessoal de outrem através de uma posição única que abarca a atribuição legal de determinados poderes, complexos e complementares entre si, cujo exercício lhe confere a possibilidade de adaptar o trabalho ao uso que entenda mais conveniente e que mais se adapte aos interesses da empresa que dirige e que ordena. Trabalho e empresa tornam-se, desta forma, na maior parte das vezes, realidades interdependentes pois se o contrato dá origem à relação jurídico-laboral, a empresa é a condição e o suporte de concretização dessa relação. Assim, trabalhador e empregador assumem direitos e deveres mútuos ao celebrarem o contrato de trabalho sendo que, na base de todos, se encontra o respeito devido à dignidade da pessoa humana”²⁸³.

Mauricio Godinho Delgado sustenta que estes poderes constituem uma relação jurídica contratual complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos componentes. “Relação jurídica contratual complexa plástica e de assimetria variável entre seus polos componentes, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se preveem, se alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa”²⁸⁴.

No âmbito dos poderes do empregador, destaca-se o poder diretivo, organizativo ou de comando. Ao empregador, personificado no empresário, estão entregues vastos direitos e uma posição cimeira quanto à organização de pessoas e bens em que se analisa a empresa. É ele que define a estrutura empresarial, estabelecendo o seu quadro funcional, promovendo as

²⁸⁰ VILLELA, Fabio Goulart – Limites ao poder fiscalizatório do empregador: a revista de pertences na defesa do patrimônio empresarial. In SANDES, Fagner – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 204.

²⁸¹ VILLELA, Fabio Goulart – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 146.

²⁸² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 709.

²⁸³ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 344.

²⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho – **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996. p. 191.

admissões e reduções de pessoal, e fixando o regime de movimentação dos trabalhadores na empresa²⁸⁵.

Alice Monteiro de Barros sustenta que o conteúdo do poder diretivo é amplo e compreende três funções. A primeira é traduzida pelas decisões executivas, que dizem respeito à organização do trabalho e se manifestam por meio de atos meramente constitutivos, não determinando qualquer conduta para os trabalhadores. A segunda é a de instrução, que se exterioriza por intermédio de ordens ou recomendações, cuja eficácia real depende de uma observância do trabalhador. Finalmente, apresenta-se a função de controle, que consiste na faculdade do empregador de fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados²⁸⁶.

O exercício deste poder é, justamente, o fator de subordinação jurídica presente na relação de emprego, ou seja, o empregado trabalha de forma subordinada em razão do exercício do poder de direção pelo empregador. Subordinação e poder de direção são aspectos pertinentes à mesma realidade, o primeiro no enfoque do empregado e o segundo, no do empregador²⁸⁷.

Levando-se em conta estes dois elementos – o poder do empregador e a subordinação jurídica – percebe-se que a autonomia da vontade do empregado sofre restrições. A limitação à autonomia da vontade acontece quando o contrato de emprego está em curso, mas é visível também quando da seleção para contratação. De um modo geral, tal circunstância decorre da condição de vulnerabilidade do candidato (na fase de seleção) e do empregado (no curso do contrato)²⁸⁸.

Caio Mário da Silva Pereira observa que a ordem jurídica assegura aos indivíduos a faculdade de criar direitos e estabelecer uma vinculação efetiva, como também concede a liberdade de contratar, que é concretizada em quatro momentos. O primeiro corresponde à faculdade de decidir, de contratar ou de não contratar, enquanto o segundo está relacionado à liberdade de escolha da pessoa com quem contrata e do tipo de negócio. O terceiro momento diz respeito à liberdade de fixar o conteúdo do contrato, e o quarto é o de, depois de concluído o contrato, poder mobilizar o aparelho estatal para que ele seja observado, assegurando sua

²⁸⁵ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 93-94.

²⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 387-388.

²⁸⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 337.

²⁸⁸ MORAES JUNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 108.

execução. Enfim, o princípio da autonomia da vontade requer que seja considerada a faculdade que possuem as pessoas de concluir livremente seus contratos²⁸⁹.

Contudo, adverte o prestigiado autor que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, podendo sofrer restrições sob dois aspectos: a prevalência da ordem pública e o dirigismo contratual. As normas de ordem pública são aquelas que ordenam ou proíbem determinados comportamentos, de modo que os particulares não possam derogá-las por ajuste privado. São incluídas nesse âmbito aquelas que tratam da organização da família, sucessão, organização política e administrativa do Estado, inclusive as bases mínimas da organização econômica e relativas ao Direito do Trabalho em seus aspectos fundamentais. Por seu turno, a noção de dirigismo contratual passa pela percepção de que o Estado deve intervir nos contratos, seja através de normas de ordem pública, impondo restrição à autonomia da vontade, seja através de uma intervenção judicial. Sobrelevam daí três situações: o legislador impõe a contratação; institui cláusula coercitiva definindo direitos e deveres dos contratantes; e, em outros casos, autoriza que o juiz possa rever o contrato e estabelecer condições de execução²⁹⁰.

Sobre esta restrição da autonomia privada, Francisco Rossal de Araújo esclarece:

“Por outro lado, a liberdade de contratar sobre uma série de restrições. Os particulares, quando avençam cláusulas entre si, devem obedecer aos limites previstos no ordenamento jurídico. O papel de limitadores da autonomia privada é reservado à lei e aos Princípios Gerais do Direito, entre eles a boa-fé. Nos negócios jurídicos entre particulares, cada vez mais devem ser observadas certas disposições legais. Nesse sentido, desenvolve-se toda a transformação do contrato de locação de serviços em contrato de emprego. Foram tantas as limitações à autonomia dos contratantes que, como foi visto, chega-se a questionar se o Direito do Trabalho faz parte do campo do Direito Privado. Tal atuação leva ao repensar do dogma da autonomia privada, que entra em choque com diversas normas de ordem pública, que servem como corretoras de desigualdades verificadas no plano econômico”²⁹¹.

Estas limitações relacionadas com a autonomia da vontade privada se adéquam, perfeitamente, à realidade laboral, em virtude da desigualdade econômica existente entre empregado e empregador. Mas não apenas quando do curso de uma relação empregatícia. Repise-se que esse desequilíbrio aparece também quando da seleção de um candidato para alguma vaga de emprego²⁹².

²⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 9-10.

²⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 10-13.

²⁹¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de – **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996. p. 189.

²⁹² MORAES JUNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 109-110.

O processo de seleção de trabalhadores, que abrange tanto candidatos a um emprego, como os empregados já efetivados na empresa que buscam uma ascensão na hierarquia funcional, pode ser levado a efeito por variadas formas: solicitação de dados pessoais, análise curricular, entrevistas, questionários, exames médico e psicotécnico, entre outras. Porém, estes processos devem cingir-se às informações necessárias, com razoabilidade e pertinência ao fim colimado: a contratação do empregado ou sua promoção²⁹³.

A propósito, João de Lima Teixeira Filho afirma que “nesse processo pode-se perquirir sobre a experiência pregressa do empregado, sua capacitação profissional e condições de saúde para desempenhar o cargo, dados pessoais comuns (filiação, naturalidade, data de nascimento, estado civil, filhos etc.), na comprovação de regularidade de inscrição perante o órgão fiscalizador da profissão, quando for o caso, dentre outras com esse escopo. O debordamento desse espectro pode fazer *tábula rasa* do direito à intimidade”²⁹⁴.

Frise-se, ainda, que o poder diretivo do empregador diz respeito não apenas à organização técnica, mas também à boa ordem na empresa, buscando assegurar um padrão mínimo de moralidade e de garantia pessoal. É dever do empregador a manutenção da higidez material e moral do meio ambiente laboral, velando pela tutela da integridade física e psíquica de seus empregados. O respeito ao direito à inviolabilidade da dignidade, da reserva da intimidade da vida privada e da honra dos empregados é um desdobramento desta mesma garantia.

Com efeito, o fundamento da dignidade da pessoa humana, como eixo axiológico do Estado Democrático de Direito, funciona como relevante balizador de limites ao exercício dos poderes empregatícios²⁹⁵. Desta forma, o exercício do poder diretivo encontra limites nos fundamentos e princípios constitucionais, assim como nos direitos fundamentais, concebidos como direitos subjetivos que projetam a personalidade humana. Neste sentido, Pedro Romano Martinez:

“Como o poder de direção tem limites derivados do seu próprio conteúdo e dos direitos dos trabalhadores, o trabalhador não deve obediência ao empregador sempre que as ordens ou instruções se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias do art. 129º, nº 1, do CT. Além disso, há que atender, v. g., à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador (art. 26º, nº 1, da CRP) ou ao seu direito

²⁹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos – **O dano moral na dispensa do empregado**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 186-187.

²⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, João de Lima – O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. nº 10 (Set. 1996), p. 27.

²⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 710.

de personalidade (arts. 70º e ss. do CC). Deste modo, a ordem do empregador tem de ser justificada atenta a inviolabilidade do direito à integridade moral e física das pessoas (art. 26º, nº 1, da CRP) e ao reconhecimento do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, ao bom nome e reputação e à imagem que é conferido a todas as pessoas (art. 26º, nº 1, da CRP), complementado pela tutela da personalidade estabelecida no Código Civil (arts. 70º e ss. do CC) e, em especial nos arts. 14º e ss. do CT.”²⁹⁶

A inserção do empregado no ambiente laboral não autoriza o cerceamento dos direitos da personalidade, a despeito de estar submetido ao poder diretivo do empregador. Não se pode admitir que a dignidade da pessoa humana seja violada, ferida por eventual conduta do empregador, sendo certo que a ordem jurídica democrática protege os direitos da personalidade em diversos ramos, como o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito do Trabalho²⁹⁷.

O trabalhador, ao ser inserido em determinada dinâmica empresarial, deverá manter hígidos os direitos que lhe assistem na qualidade de cidadão. Devem ser garantidos os direitos fundamentais que lhe são inerentes enquanto pessoa humana²⁹⁸.

Ao colocar a sua força de trabalho à disposição do empregador, o empregado submete-se às suas ordens, em razão do poder diretivo inerente àquele. Entretanto, esse poder diretivo deve sofrer limitações, para que não haja o cometimento de abusos. Considerando o escopo de proteção da dignidade do trabalhador, não se pode admitir que o empregador, valendo-se de seu poder diretivo, faça uso abusivo desta faculdade²⁹⁹.

Assim, incumbe ao empregador não somente a responsabilidade pelo pagamento da retribuição devida ao empregado, inserindo-se, ainda, nesta relação obrigacional, o dever – que é mútuo – de resguardo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o Código do Trabalho de Portugal impõe, além do dever remuneratório, outros relacionados ao respeito à pessoa do trabalhador, insculpidos nos artigos 127º e 129º³⁰⁰.

O poder diretivo do empregador deve possibilitar o funcionamento adequado e seguro da atividade empresarial, não autorizando que extrapole os limites de suas prerrogativas. Pode-

²⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2015. p. 633.

²⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de – **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 19-25.

²⁹⁸ Ressalve-se, contudo, que isto não significa a impossibilidade de eventuais restrições a esses direitos em razão do contrato de trabalho, mormente em face da natureza dos serviços a serem prestados. Neste sentido: RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 366.

²⁹⁹ SCHWARZ, Rodrigo Garcia - **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 105-106.

³⁰⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 431.

se afirmar que a limitação ao poder diretivo do empregador repousa justamente na proteção da dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade do empregado³⁰¹.

O empregado não deve ser visto simplesmente como aquele que detém a força de trabalho e a coloca à disposição do empregador. Antes de mais nada, deve-se ter em mente que o trabalhador é um ser humano, uma pessoa dotada de direitos inerentes a qualquer indivíduo. Esses direitos, implícita e explicitamente previstos em diversos ordenamentos jurídicos, devem ser objeto de respeito não só pelos Estados, mas também por particulares, pessoas físicas ou jurídicas.

É cediço que a relação laboral corresponde a uma relação de poder onde, de um lado, apresenta-se a figura do empregador, detentor das prerrogativas de direção e fiscalização da atividade empresarial e, de outro, o empregado, que ao celebrar e executar um determinado contrato de trabalho, insere-se na organização empresarial, colocando-se sob a autoridade e direção do empregador.

Questão assaz tormentosa é saber até que ponto essa subordinação do empregado à autoridade e direção do empregador conserva a integridade dos direitos da personalidade e o respeito à dignidade humana do trabalhador. Não raras vezes, configura-se a colisão de direitos fundamentais, a reivindicar a harmonização entre o exercício do poder diretivo do empregador, com fundamento no direito de propriedade e na livre iniciativa, e os direitos da personalidade do empregado, ligados diretamente ao valor intrínseco da dignidade humana.

Conforme Paula Quintas:

“Certo é que o valor da dignidade da pessoa humana e da irrepetibilidade do homem promove, por imanência, graus de colisão entre diferentes (ou até idênticos e iguais) direitos fundamentais. A liberdade individual colide não só com a liberdade de todos, como ainda, com a liberdade de cada um. O espaço da conflitualidade é latente, e urge estabelecer uma moldura de resolução (por conciliação, supressão, restrição) entre os valores defendidos pelos respectivos titulares”³⁰².

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho não aborda especificamente a proteção dos direitos da personalidade no âmbito da relação de emprego. No entanto, ao comentar o artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho³⁰³, que trata da rescisão indireta do contrato

³⁰¹ HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio - **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

³⁰² QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos da personalidade consagrados no código do trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 144.

³⁰³ “Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo

de trabalho, Sandra Lia Simón preconiza ser possível extrair algumas hipóteses relacionadas aos direitos da personalidade do trabalhador, concernentes à honra e à higidez psíquica e moral. Para a autora, essa previsão genérica de proteção aos direitos da personalidade é benéfica, pois possibilita que as variadas situações em que podem estar em jogo os referidos direitos serão adaptadas à previsão constitucional, sem que haja o “engessamento provocado pelo legislador infraconstitucional”³⁰⁴. Esse grau de generalização permite solucionar com mais facilidade, no caso concreto, a colisão entre direitos do empregado e do empregador.

Ao contrário, o Código do Trabalho de Portugal dispõe sobre a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador em diversos de seus dispositivos, tanto na fase de formação, quanto na fase de execução contratual. A respeito, Maria do Rosário Palma Ramalho salienta que o referido Código foi sensível ao tema, pois traz a previsão do dever geral de colaboração do empregador, na execução do contrato, com a promoção humana, profissional e social do trabalhador, contido no artigo 119º, nº 2, *in fine*. Já nos artigos 15 e seguintes, o Código do Trabalho português estabelece um regime de proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, relacionados ao direito de expressão e de opinião no seio da empresa, ao direito à reserva da intimidade da vida privada, ao direito à preservação da dignidade física e moral, e ao direito à inviolabilidade da correspondência e de outros meios de comunicação, referentes a assuntos de caráter pessoal ou não profissional³⁰⁵.

Luís Menezes Leitão, quando aborda os deveres acessórios do empregador, destaca a importância do princípio da boa-fé na relação empregatícia, previsto no artigo 126º, nº 1, do Código do Trabalho de Portugal, para assegurar “o pleno aproveitamento pelo trabalhador da situação jurídico-laboral em termo de promoção humana, profissional e social, e a inexistência de danos para este em consequência da realização da respectiva prestação”. Ressalta, ainda, além dos diversos deveres que devem ser observados pelo empregador, o dever específico de proteção da personalidade do trabalhador, abstendo-se de práticas violadoras desses direitos não só por ele próprio, mas também em relação a terceiros³⁰⁶.

manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários”.

³⁰⁴ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 126-127.

³⁰⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 363.

³⁰⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 354-355.

Como mecanismo de conciliar o poder diretivo do empregador, derivado do direito de propriedade e da livre iniciativa, com os direitos da personalidade do trabalhador, ligados à intimidade e à liberdade, ambos com estatura constitucional, é importante reconhecer a dignidade da pessoa humana como elemento que alicerça esses direitos³⁰⁷, erigida à condição de cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais.

Paulo Osório Gomes, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana exerce o papel de substrato a diversos direitos fundamentais, destaca, entre outros, o direito à vida, o direito à personalidade, o direito à igualdade, o direito à propriedade, os direitos sociais e econômicos e o direito à informação³⁰⁸.

A dignidade da pessoa humana, na qualidade de valor fundamental e de princípio constitucional, “funciona tanto como justificação moral como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”³⁰⁹. Na qualidade de núcleo essencial dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, diante da possibilidade de confronto entre esses diversos direitos de igual envergadura constitucional, desempenha importante papel interpretativo e regulador de eventuais ponderações de interesses envolvidos no mundo fático³¹⁰.

Segundo Gabriela Neves Delgado, o trabalho digno é visto como meio de concretizar as liberdades básicas do ser humano e, por essa razão, deve ter “aplicabilidade imediata, já que alçado à condição de direito fundamental”³¹¹.

A realização social encontra-se intimamente ligada ao trabalho, pois através deste é que a pessoa encontra formas de integração à sociedade, apropriando-se dos meios necessários à sua sobrevivência na sociedade capitalista em que vivemos³¹².

³⁰⁷ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 128.

³⁰⁸ ROCHA, Paulo Osório Gomes – Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 316.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 64.

³¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 74.

³¹¹ DELGADO, Gabriela Neves – **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 67.

³¹² GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde – **A imigração e a proteção do trabalho: o dilema entre a aplicação do estatuto do estrangeiro e a proteção trabalhista dos imigrantes bolivianos e haitianos**. São Paulo: LTr, 2016. p. 97.

A propósito, Livia Mendes Miraglia enfatiza as duas dimensões em que o ser humano pode se sentir plenamente realizado: a individual e a social. Na primeira, pode-se dizer que a realização da pessoa humana se encontra presente quando são respeitados os seus direitos da personalidade. Na segunda, esta mesma realização apresenta-se quando o ser humano consegue se inserir de fato no seio comunitário, garantindo a si e à sua família uma existência digna³¹³.

A valorização do trabalho e do sujeito que o realiza passaram por transformações ao longo do tempo, propiciando o surgimento de novas formas de trabalho e meios diferentes de proteção. Nesse contexto, deixou de ser apenas um meio de subsistência, para se tornar um elemento construtor da identidade do ser humano. É tratado como um legítimo instrumento de concretização do Estado Social³¹⁴.

Advirta-se, porém, que não é qualquer modalidade de trabalho que é considerada apta ao desenvolvimento de todas as potencialidades da pessoa, mas somente o “trabalho digno, determinado pelo Estado Democrático de Direito como uma conquista histórica e um direito a ser protegido”³¹⁵.

Por sua vez, o Direito do Trabalho é o ramo jurídico indispensável para a proteção do cidadão inserido numa relação de prestação de serviço a outrem, qualquer que seja a sua natureza. Nesse aspecto, o Estado cumpre papel de extrema importância na regulamentação das questões relacionadas ao trabalho e à sua melhoria. O escopo principal deve ser colocar o homem trabalhador no centro de toda a ordem jurídica, reconhecendo-o como um fim em si mesmo, o que não significa dizer que o Direito deva ser avesso a mudanças. É necessário, no entanto, que eventuais mudanças jurídicas observem a finalidade original do Direito do Trabalho, que é a preservação e a melhoria das condições de trabalho, para todos os tipos de trabalhadores, com vedação ao retrocesso social³¹⁶.

A tutela da dignidade da pessoa humana passa, por certo, pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais do trabalhador no âmbito da relação laboral, incluídos os direitos ao

³¹³ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira - O combate ao trabalho escravo contemporâneo e a Justiça do Trabalho. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal, org. – **Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 105.

³¹⁴ MEIRELES, Edilton – **A Constituição do trabalho: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 55.

³¹⁵ GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde – **A imigração e a proteção do trabalho: o dilema entre a aplicação do estatuto do estrangeiro e a proteção trabalhista dos imigrantes bolivianos e haitianos**. São Paulo: LTr, 2016. p. 99.

³¹⁶ DELGADO, Gabriela Neves – **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 210.

desenvolvimento da personalidade e à identidade genética, expressamente previstos no artigo 26º, nº 1³¹⁷ e 3³¹⁸, da Constituição da República Portuguesa, ao dispor sobre os direitos pessoais.

Para Roberto Camilo Viana, o direito à identidade genética pode ser compreendido em dois sentidos complementares: por um lado, é entendido como um direito de proteção dos indivíduos contra intervenções no seu genoma; por outro lado, é associado à ideia de autodeterminação pessoal, uma vez que, fazendo parte da própria constituição física do indivíduo, o genoma diz respeito à própria identidade pessoal. Assim, o direito à identidade genética pode ser remetido para o direito à própria identidade pessoal, que, por sua vez, pode ser mobilizado para fins de um direito ao desenvolvimento da personalidade³¹⁹.

Embora a ordem constitucional brasileira não se reporte expressamente aos direitos à identidade genética e ao desenvolvimento da personalidade, estes devem ser visualizados a partir da cláusula aberta prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988, quando estabelece que os direitos e garantias constitucionalmente previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte³²⁰.

Ademais, a partir da disposição contida no artigo 225, § 1º, inciso II, da Carta Magna brasileira, que atribui ao Poder Público o dever de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, bem como de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético³²¹, pode-se concluir, conforme Pietro Lora Alarcón, que, “na forma em que se encontra consagrada a proteção do patrimônio genético, ou seja, sem menção expressa ao patrimônio genético qualificado como humano, protege-se toda e qualquer espécie da biodiversidade brasileira e, como já sabemos, e é, de fato, inegável, o homem é arte e parte desta biodiversidade”³²².

³¹⁷ Art. 26º: “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”.

³¹⁸ Art. 26º: “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”.

³¹⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 83.

³²⁰ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

³²¹ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

³²² ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora – **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004. p. 226.

Desta forma, o ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente uma garantia contra a ingerência no genoma humano, defendendo, por conseguinte, o livre desenvolvimento do indivíduo, na medida em que a composição genética faz parte da própria constituição física e diz respeito à própria identidade pessoal³²³.

Enfim, o trabalhador deve ser tratado com dignidade no âmbito da relação laborativa, devendo-se respeitar os seus direitos da personalidade e preservar-lhe o direito de igualdade e não discriminação. Cumpre ao empregador proporcionar àquele que lhe presta serviço boas condições de trabalho e uma contraprestação que o assegure uma vida condigna.

É a partir da proteção da dignidade do trabalhador, com o efetivo respeito aos seus direitos fundamentais, que surgem as condições propícias para “se firmar como um homem livre e independente, que pode exercer de forma plena a sua cidadania, determinar o tipo de vida que quer viver e dar azo, nesse sentido, ao princípio da igualdade de oportunidades ou à ideia de *equality of fair opportunity*”³²⁴.

³²³ VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 84.

³²⁴ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 885-886.

2. O GENOMA HUMANO E A EVOLUÇÃO DA MEDICINA PREDITIVA

2.1. O acesso sequencial ao genoma humano e o avanço científico nos campos da genética e da biologia molecular

A descoberta da estrutura do DNA humano, cuja identificação ocorreu em 1953, por James D. Watson, Francis Crick e Maurice Wilkins, proporcionou uma verdadeira revolução no mundo da ciência, mudando parâmetros e abrindo um caminho cujo potencial e respectivas implicações ainda não estão suficientemente claros. Essa descoberta representou um passo importante para o início do descortinamento dos segredos da vida humana, mormente com o advento do Projeto Genoma Humano³²⁵.

O DNA – sigla, em inglês, para ácido desoxirribonucleico (*deoxyribonucleic acid*) – caracteriza-se como um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e o funcionamento de todos os seres vivos e alguns vírus. As principais funções do DNA são o armazenamento das informações necessárias à construção de proteínas e dos ácidos ribonucleicos (ARNs), responsáveis pela síntese de proteínas da célula, e a transmissão das características hereditárias de cada ser vivo³²⁶. Os segmentos de DNA que contêm a informação genética são denominados de genes, podendo-se conceituar o genoma humano, de modo simplificado, como “o conjunto de genes e cromossomos de um organismo”³²⁷.

Tom Wilkie ressalta a importância da descoberta da estrutura do DNA:

“A descoberta da estrutura do ADN (DNA) estipulou uma nova agenda para a genética. Afinal, os genes tinham uma corporificação molecular e química que, ao menos em princípio, podia ser diretamente dissecada. Em vez de rastrear a transmissão de características capazes de saltar gerações antes de se expressar, os geneticistas podiam alimentar a esperança de analisar a química do próprio ADN (DNA). Na descoberta de Watson e Crick já estava latente a meta final da biologia molecular moderna, seu Santo Graal: ler a sequência das letras químicas do alfabeto genético – os Cs, As, Gs e Ts. E é natural que desejemos decifrar essa sequência no caso daquele que, em nosso antropocentrismo, consideramos o mais importante de todos os seres vivos: o homem”³²⁸.

³²⁵ MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre convencimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37-42.

³²⁶ BETIOLI, Antonio Bento – **Bioética, a ética da vida**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 149.

³²⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

³²⁸ WILKIE, Tom - **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994. p. 53.

Ana Paula Myszczyk define o genoma como o conjunto de genes que constituem cada ser vivo, ou seja, a constituição genética total do ser³²⁹. O genoma humano pode ser conceituado, assim, como o material genético contido nos cromossomos de uma célula, responsável pela formação e pelo desenvolvimento do ser humano, desde a sua formação embrionária³³⁰, material este que identifica as pessoas, uma vez que estas são geneticamente distintas umas das outras³³¹.

No genoma humano, portanto, são encontradas todas as informações genéticas herdadas por determinado indivíduo³³², de modo que a análise genética, além de revelar os seus traços hereditários – incluindo a sua predisposição a determinadas doenças –, é capaz de fazer transparecer os dados biológicos de seus antepassados³³³. A propósito, Simone Born de Oliveira salienta que:

“[...] é o compêndio de toda a herança genética herdada de seus pais, pelo ser humano, no momento da concepção. É a herança genética que contém as instruções do que virá a acontecer ao longo da existência do ser humano: qual será sua estatura, a cor da sua pele, seus cabelos, se será afligido por doenças fatais e por quais delas, dentre outras tantas informações”³³⁴.

Com efeito, o DNA é a base genética herdada por um indivíduo dos seus progenitores, sendo metade advinda do pai e metade da mãe. Como esta herança genética recebida é o que torna cada indivíduo único, gerando seres humanos distintos uns dos outros, o DNA desempenha papel crucial para a evolução da espécie humana, cabendo ressaltar que a transmissão da herança genética aos descendentes nem sempre é idêntica, abrindo espaço para mutações genéticas³³⁵.

³²⁹ MYSCZCZUK, Ana Paula – **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 34.

³³⁰ ECTERHOFF, Gisele – **Direitos à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 28.

³³¹ PETTERLE, Selma Rodrigues – **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 175.

³³² WILKIE, Tom - **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994. p. 11-12.

³³³ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 101.

³³⁴ OLIVEIRA, Simone Born de – **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 72.

³³⁵ PETTERLE, Selma Rodrigues – **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24-25.

Stela Barbas esclarece que o genoma é o suporte e o caracterizador físico e psíquico da personalidade humana, cuja estrutura é composta por cromossomos³³⁶, as microscópicas e filiformes partes das células que contêm os dados hereditários em forma de genes³³⁷. Estes últimos são compostos de DNA (ácido desoxirribonucleico), macromolécula em formato de dupla hélice que representa a base química de transmissão da hereditariedade e da sua expressão em RNA e proteínas. E é a seção da cadeia de DNA que determina a síntese das proteínas que dominam todos os processos da vida³³⁸.

Pode-se dizer que, em sentido amplo, o genoma humano corresponde a todo o DNA contido nos cromossomos, expresso sob a forma de sequência de bases, independentemente do que corresponde ou não aos genes que codificam as moléculas funcionais. Em sentido estrito, trata-se do conjunto de genes que especificam todos os caracteres potencialmente expressáveis de um organismo. Traduz-se, assim, no conjunto de instruções que permite a construção de uma pessoa, exprimindo, por consequência, uma marca de individualidade³³⁹.

Conforme acentua Luís Archer:

“Pela análise do genoma é possível prever, hoje, doenças que só se manifestarão dentro de 30 ou mais anos. É possível ler predisposições, que só se realizarão se o ambiente, o tipo de vida, a educação as favorecerem. É possível determinar se uma pessoa sã é ou não portadora de uma doença que nunca manifestará. É o diagnóstico pré-sintomático. É ler no genoma da criança, do feto ou até do ovo microscópico que acabou de se dividir, o destino que lhe foi decretado, para si ou para a descendência, antes ainda de ser pronunciado e, muito menos, construído. Pela nova genética é possível ter o futuro na mão, já hoje. A análise do genoma é a bola de cristal que faz a descoberta do que ainda não é mas já está escrito. É a sina que se lê, não à superfície da pele, mas na intimidade do DNA. É profecia do que há-de vir. Genes são o futuro escrito já hoje”³⁴⁰.

As descobertas em torno do DNA, nos dizeres de Leocir Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine, possibilitam “desmontar a loteria da hereditariedade e de suas injustiças

³³⁶ O genoma consiste no conjunto de genes nucleares responsáveis pela nossa carga genética. É o conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contêm esta informação genética. As células humanas são compostas de 23 pares de cromossomos, sendo 23 do espermatozoide e 23 do ovócito.

³³⁷ O gene é a unidade física e funcional de material hereditário que define uma característica da pessoa.

³³⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-12.

³³⁹ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 7-8.

³⁴⁰ ARCHER, Luís – Genoma e intimidade. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994), p. 67.

distribuídas ao acaso”. Na interessante imagem criada pelos autores, a molécula de DNA, que forma os cromossomos, encontra-se dobrada em cada uma das células do corpo humano “como uma fita magnética no ventre de um computador”. É justamente nesta fita que estão desenhadas as etapas de nossas vidas, repousando uma infinidade de instruções capazes de definir as características físicas e determinar a fabricação de proteínas, que se constituem nas “fundações sobre as quais o nosso corpo é construído”³⁴¹.

No mesmo sentido, Stela Barbas pondera que, com a descoberta do genoma humano, “passa a ser possível conhecer o amanhã: a sina, o destino que se lia na palma da mão com todo o seu cortejo de inverossimilhanças passa a verdade científica quando se investiga a profundidade do genoma”³⁴².

Dentre os notáveis avanços tecnológicos do século XX, três grandes projetos merecem destaque: o Manhattan, o Apollo e o Genoma Humano³⁴³. O primeiro culminou, na década de 1940, no surgimento da bomba atômica; o segundo levou o homem à lua em 1969³⁴⁴. Ambas as iniciativas proporcionaram ao homem o controle sobre o átomo e a energia nuclear, abrindo o caminho rumo à conquista do universo e à colonização de outros mundos. No Projeto Genoma Humano – que pode ser caracterizado como “um esforço mundial da pesquisa com o objetivo de analisar a estrutura do DNA humano e de determinar a posição dos 3x10⁹ pares de bases do genoma humano”³⁴⁵ –, foram reunidas as condições necessárias para os avanços científicos na área da genética. Este projeto tinha por escopo o mapeamento dos genes que compõem o ser humano, na perspectiva de descobrir o papel desempenhado por cada um deles e a sua participação no corpo, nas doenças e, “para alguns, sua responsabilidade na constituição de aspectos antes considerados apenas psicológicos e culturais”³⁴⁶. Não por outra razão, José

³⁴¹ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de – **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 205.

³⁴² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 204.

³⁴³ LIMA NETO, Francisco Vieira – Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **DNA como Meio de Prova de Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 115.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Simone Born de – **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 71-73.

³⁴⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 30.

³⁴⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira – Ética, mapeamento de DNA e discriminação genética: novos desafios da pós-modernidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71.

Alfredo de Oliveira Barracho o considera “um dos mais significativos temas referentes a aspectos do ser biológico do homem e o seu relacionamento com a medicina”³⁴⁷.

Na mesma direção, Jean-Noel Missa e Fernande Bérubé-Genest o qualificam como o mais ambicioso programa empreendido no campo da biologia, pois contempla a possibilidade de localização e consequente deciframento da estrutura dos genes responsáveis por doenças hereditárias. Ressaltam que os progressos obtidos com o referido projeto permitem não somente o rastreamento e o tratamento de doenças monogênicas, mas também o estudo da predisposição genética de determinado indivíduo para cânceres e outras doenças multifatoriais³⁴⁸. Como sintetiza Antônio Bento Betioli, é necessário apenas “decodificar o programa para prever as doenças, muito antes de elas se manifestarem. Basta modificar seus dados para que elas sejam eliminadas”³⁴⁹.

Assim, um dos principais objetivos do Projeto Genoma Humano era o de criar um mapa detalhado dos cromossomos humanos, a partir do qual fosse possível encontrar todos os genes da sequência de DNA e desenvolver meios para utilização dessa informação no estudo da biologia humana e na medicina³⁵⁰.

Com a engenharia genética e a técnica genômica, a biotecnologia transformou-se em um novo desafio. A velocidade com que se decodificou a anatomia do patrimônio hereditário dos organismos vivos descortinou novos horizontes, sendo certo afirmar que, pela primeira vez na história da vida terrestre, uma “espécie consegue obter a sua própria receita”³⁵¹.

O ser humano, a partir do século XXI, passa a ser “senhor de seu destino, com capacidades de intervir diretamente no mecanismo fundamental de sua existência, de seu futuro e de sua saúde. Não se trata mais de simplesmente cuidar dos órgãos doentes”³⁵².

Destarte, não há dúvida de que os resultados obtidos pelos pesquisadores no Projeto Genoma Humano e nos programas terapêuticos adjacentes asseguram grandes benefícios.

³⁴⁷ BARRACHO, José Alfredo de Oliveira – A vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 180.

³⁴⁸ MISSA, Jean-Noel; BÉRUBÉ-GENEST, Fernande - Sequenciação do genoma humano. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 337-338.

³⁴⁹ BETIOLI, Antonio Bento – **Bioética, a ética da vida**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 150.

³⁵⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise – **Intimidade genética & direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 37.

³⁵¹ RIDLEY, Matt – **Genome**. Trad. Irene Cifuentes. Santafé de Bogotá: Taurus, 2001. p. 12.

³⁵² BETIOLI, Antonio Bento – **Bioética, a ética da vida**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 149.

Apresentam-se, contudo, de forma diretamente proporcional, relevantes dilemas éticos, uma vez que, nos domínios da bioética, os avanços científicos não são necessariamente sinônimos de progressos para a Humanidade em geral. Como não se pode ignorar, a análise genética do ser humano constitui uma forma de exposição da sua intimidade e, como tal, merece proteção, pois a divulgação indevida dessas informações pode acarretar consequências indesejáveis, principalmente se utilizadas de modo “irresponsável ou arbitrária por terceiros, transformando-se num fator de discriminação e estigmatização do indivíduo e, por conseguinte, de ofensa à dignidade e aos direitos fundamentais”³⁵³.

Manoel Jorge e Silva Neto afirma que, “contemplada a espécie humana por avanços tecnológicos, foi, infelizmente, premida pelas incertezas quanto ao futuro”³⁵⁴. Menciona como exemplo positivo dos avanços tecnológicos vivenciados na atualidade os exames médicos, custeados por planos de saúde, capazes de detectar doenças que talvez somente se manifestem no organismo da pessoa muito tempo depois. Em sentido oposto, lembra que a medicina nuclear, que surgiu como forma de promover melhores condições de vida das pessoas diagnosticadas com câncer, também deu azo ao lançamento da bomba atômica, responsável pela aniquilação de expressivo número de vidas humanas durante a Segunda Guerra Mundial.

Do mesmo modo, Francisco Vieira Lima Neto destaca a importância dos dados gerados pela análise genética para o tratamento e a prevenção de doenças, sejam as de origem hereditária ou as causadas por mutações genéticas artificialmente provocadas, como uma forma de beneficiar tanto o paciente quanto os seus descendentes. Ressalta, entretanto, também a outra face da ciência genética e os riscos advindos do uso dessas tecnologias, “impondo ao homem a necessidade de cotidianamente refletir e sopesar benefícios e malefícios que advêm da utilização dos novos conhecimentos biotecnológicos e qual o preço que a Humanidade está preparada a pagar por eles”. Salienta, ainda, que, assim como o emprego da energia nuclear acarretou o uso da bomba atômica e a desmesurada exploração dos recursos naturais contribuiu para a destruição do planeta, a utilização da manipulação genética pode alterar substancialmente o genoma humano, a ponto de assistirmos a uma completa mudança daquilo que conhecemos

³⁵³ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 101.

³⁵⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 26 (Abr.-Mai.-Jun. 2011). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=516>.

hodiernamente como natureza humana, diminuindo, assim, a diversidade fundamental para a sobrevivência da nossa espécie³⁵⁵.

Ao abordar os problemas éticos advindos do estudo do genoma humano, Jean-Noel Missa e Fernande Bérubé-Genest apontam a questão financeira envolvida e o risco de deixar a sequenciação do patrimônio genético humano nas mãos de empresas privadas, o que poderia gerar efeitos nefastos, especificamente quanto à livre circulação de informações científicas. Expressam o receio de que a manipulação genética possa ocasionar novas formas de eugenismo e revelam preocupação com a medicina preditiva, mormente no que respeita à confidencialidade dos conhecimentos adquiridos e possíveis formas de discriminação genética³⁵⁶.

De qualquer sorte, a despeito dos dilemas e desafios naturalmente associados aos avanços científicos em exame, é evidente que o produto do Projeto Genoma Humano será uma rica base de dados biológicos, acessível ao público, que poderá fazer frente às causas de milhares de doenças. A compreensão da coleção de moléculas essenciais à existência humana, com o conhecimento do padrão de construção e de funcionamento celular, possibilitará o desvelamento do processo da vida, das componentes bioquímicas dos sentidos e da memória, do desenvolvimento e envelhecimento, das semelhanças e diferenças. Isso porque, como acima descrito, é no genoma humano que se encontram armazenadas todas as informações que orientam a formação do indivíduo e que são transmitidas de geração a geração.

Conforme João Nunes Zenha Martins, o conhecimento integral do genoma humano terá, ao menos, quatro grandes consequências. A primeira, de cunho científico, no sentido de que a preparação de uma base de dados sobre a sequência do genoma humano permitirá o desvelamento de questões nucleares sobre a estrutura e a fisiologia celular, designadamente o controle da expressão e os processos imunitários. A segunda, de ordem informativa, pois será possível a elaboração de um “cartão de identidade genética”, tendo em conta os mapas de recombinação possibilitados pela sequenciação do DNA, que permitirão a detecção de todas as diferenças individuais, por mais sutis que se apresentem. O estudo dos genes revela a predisposição de um indivíduo para manifestar determinados tipos de enfermidades ou as suas aptidões para o desenvolvimento de atividades laborais específicas, sendo certo, ainda, que terá inegáveis virtualidades quanto aos processos de identificação para fins legais, inclusive no

³⁵⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 23.

³⁵⁶ MISSA, Jean-Noel; BÉRUBÉ-GENEST, Fernande - Sequenciação do genoma humano. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 338-339.

plano criminal. A terceira, de carácter terapêutico, possibilitando a cura de enfermidades genéticas por meio da inserção de genes sãos ou da modificação de genes nocivos. A última, de natureza eugênica, dado que será inevitável o ímpeto de modificação do patrimônio genético dos gametas para obtenção de indivíduos com características predeterminadas, bem como a seleção de pessoas em função de sua informação genética³⁵⁷.

Como etimologicamente “eugenia” significa “nobreza de origem”³⁵⁸, o seu conceito é polissêmico, variando ao longo dos anos, de acordo com os arquétipos de “bom nascimento” construídos por cada sociedade³⁵⁹.

Para Luís Archer é “o conjunto de técnicas que favorecem a propagação de genes considerados benéficos (eugenia positiva) ou que desfavorecem a propagação de genes considerados maléficos (eugenia negativa)”³⁶⁰.

Fernando Regateiro entende a eugenia como a “aplicação racional das leis da Genética à reprodução humana com o fim de melhorar, em futuras gerações, as qualidades hereditárias de uma população inteira, do ponto de vista físico e/ou mental”. Segundo o referido autor, outros objetivos da eugenia podem ser o de “evitar, ou pelo menos limitar, a passagem das doenças e predisposições mórbidas aos filhos e demais descendentes, cuja causa está na própria constituição hereditária do indivíduo, ou ainda, o de seleccionar os indivíduos mais fortes e sãos e de melhores condições de inteligência e carácter, melhorando os atributos da espécie humana através de casamentos selectivos”³⁶¹.

No entanto, argumenta Helena Pereira de Melo:

“Com frequência, ao longo da história, a aplicação destas técnicas preconizada pelo eugenismo enquanto doutrina sociopolítica, conduziu a tratamentos injustos de desigualdade. Se analisarmos o eugenismo nas suas várias fases (a arcaica, a clássica e a do neo-eugenismo) concluímos que os seus cultores sempre procuraram justificar as suas teorias apelando aos dados ‘científicos’ da eugenia. Porém, tal justificação nunca se revelou suficiente para regular o uso das práticas eugénicas, sendo para isso necessária a intervenção do legislador. Assim sendo o Direito sempre teve relações próximas com

³⁵⁷ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 10-11.

³⁵⁸ ACADEMIA das Ciências de Lisboa – **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea**. Vol. I. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001. p. 1.616.

³⁵⁹ MELO, Helena Pereira de – **Manual de biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

³⁶⁰ ARCHER, Luís – O progresso da ciência e o espírito. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 10 (1995), p. 74.

³⁶¹ REGATEIRO, Fernando J. – Eugenia – passado, presente e futuro. **Brotéria Genética**. Lisboa. Vol. XVII (XCII), nº 1-2 (1996), p. 5.

o eugenismo, assumindo com frequência a lei a função de impor medidas eugénicas coercivas que constituíam uma violação do princípio da igualdade em função da constituição biológica da pessoa”³⁶².

Como bem ressaltado por Maria do Céu Patrão Neves e Walter Osswald, esta obsessão com a perfeição (aparente), levando à exclusão dos que se considera não terem qualidade que justifique uma vida digna, lembra fatalmente os dias negros da biologia aplicada no nazismo e constitui um sinal de alarme para a consciência universal. “São os mais frágeis e indefesos os que merecem maior protecção; a solidariedade que nos une a todos os outros seres humanos e o dever de não discriminar ninguém por motivo do seu sexo, idade, religião, etc., mas também da sua constituição genética, levam-nos a rejeitar a eugenia e os eugenismos”. Contudo, isto não significa que não nos esforcemos por melhorar os vindouros, através da criação, para os progenitores, de melhores condições de vida, de aumento da saúde, de promoção de hábitos saudáveis e de combate aos hábitos deletérios³⁶³.

Desta forma, cumpre ao Direito um papel extremamente delicado e árduo, mas de inestimável importância: estabelecer os limites para a aplicação do conhecimento científico acerca do genoma humano, a fim de se evitar a adoção de práticas eugénicas que atentem contra o património genético dos indivíduos, atendendo a interesses outros que não seja o próprio ser humano.

Conforme Judith Martins-Costa:

“O Direito desenvolve-se na História, e, por isto, um de seus papéis é o de mediar a dialética que por vezes resta estabelecida entre a tradição e a ruptura, entre os processos de continuidade e os de descontinuidade social. Seu papel não é, pois, o de cercear o desenvolvimento científico, mas, justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na ruptura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal, e, como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados. Entre esses valores fundamental é o que encerra o conceito de pessoa humana, hoje em plena re-elaboração teórica”³⁶⁴.

De acordo, ainda, com a referida autora, os princípios ensejam uma nova maneira de aplicar o Direito, sendo reconhecida ao juiz a competência de não apenas subsumir certos fatos às regras que os descrevem, mas o poder-dever de concretizar e tornar atuantes e operativos os

³⁶² MELO, Helena Pereira de – **Manual de biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20.

³⁶³ NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética simples**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2007. p. 181.

³⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 93-94.

princípios. Estas transformações metodológicas possibilitam a crítica e a reconstrução de certos conceitos fundamentais do Direito e abrem espaço, por igual, à construção do Biodireito³⁶⁵.

É, portanto, cada vez mais necessária a regulamentação destas questões decorrentes do desenvolvimento da genética e da biologia molecular, e seus respectivos efeitos na medicina preditiva, estipulando parâmetros mínimos à salvaguarda da própria Humanidade. Até porque “a Ciência não tem limites nem alma”³⁶⁶.

O patrimônio genético humano individual, que se vai progressivamente alterando ao longo das gerações através do emparelhamento sexual, deve merecer o mais profundo respeito por parte da comunidade humana. “Não é possível uma separação completa e integral entre uma geração e as seguintes. Assim, a nossa responsabilidade social não é apenas para com a atual geração, mas, também, para com as futuras”³⁶⁷.

Cumprе esclarecer que o genoma humano e o patrimônio genético são realidades distintas. Como visto, o genoma humano representa o conjunto de combinações ordenadas de sequências de DNA no tempo e no espaço, que constituem o cerne da diversidade e das possibilidades de evolução genética da espécie humana. O patrimônio genético, por sua vez, transcende o genoma, abrangendo outras dimensões.

O ser humano é um misto de carga genética e de sociabilidade, vivendo um permanente processo de personalização. O fenótipo é dinâmico, pois emerge da interação do genótipo como um todo (milhares de genes) com o complexo ambiental. Assim, a pessoa é, por excelência, um ser circunstanciado³⁶⁸. Entre os componentes culturais que integram o patrimônio genético merece destaque “o chamado inconsciente colectivo no sentido definido por Jung, como o repositório da experiência ancestral, o eco de acontecimentos universais pré-históricos (os ‘incontáveis milhões de anos’ na expressão daquele psicólogo) moldados a cada século e que

³⁶⁵ “Esse termo indica a disciplina que visa determinar os limites de licitude do progresso científico (notadamente da biomedicina) não do ponto de vista das ‘exigências máximas’ da fundação e da aplicação dos valores morais na *praxis* biomédica – isto é, a busca do que se ‘deve’ fazer para atuar o ‘bem’ – mas do ponto de vista da exigência ética ‘mínima’ a saber: a relativa ao estabelecimento de normas para a convivência social. Assim é que, muito embora recebendo contestações (porque importaria na ‘jurisdiciarização’ indevida da biomedicina) mesmo assim tem crescido o endosso à formação do Biodireito como disciplina jurídica da bioética”. MARTINS-COSTA, Judith – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 93.

³⁶⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 38.

³⁶⁷ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 38.

³⁶⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 13.

como um conjunto de características e de padrões mentais é transmitido pela hereditariedade”³⁶⁹.

A propósito, Rui Nunes adverte que:

“(...) a pessoa humana não se reduz ao seu patrimônio genético. Qualquer forma de determinismo genético é, assim, inconsistente com uma visão personalista da vida e das relações humanas, sendo a pessoa humana mais do que a soma algébrica do genoma e do ambiente. Existe um efeito multiplicador nesta inter-relação dado que a pessoa humana é sempre uma realidade autónoma que se vai lentamente transformando nela própria de um modo verdadeiramente singular”³⁷⁰.

Como enfatiza Ariel Salete de Moraes Junior, nada obstante a intenção inicial dos pesquisadores seja a de potencializar as informações obtidas por meio do Projeto Genoma Humano para utilização nas áreas da biologia e medicina, buscando a prevenção e a cura de doenças ou deformidades e fornecendo subsídios à indústria farmacêutica, as consequências deste conhecimento adquirido ultrapassam tais limites, pois “também atraem a justa preocupação de que podem ser usados como forma de interferir na própria condição de ser humano”³⁷¹.

De fato, embora a decodificação do genoma humano traga consigo a promessa de explicar as formas de interação entre os genes e o meio ambiente, com implicações diretas na área da medicina – especificamente na medicina preditiva, como meio de diagnóstico antes mesmo do aparecimento de doenças –, é preciso atentar para os riscos associados a este conhecimento, sobretudo, como ressalta Roberto Camilo Leles Viana, o de ocorrer o chamado “reducionismo genético, por meio da demasiada valorização do papel dos genes no processo da saúde e da doença”. Para o autor, “a realização dos testes genéticos exige cautela, a fim de que se entenda corretamente os seus resultados e as consequências advindas desse tipo de informação”³⁷².

Para Jean-François Skrzypczak, “o reducionismo, a redução do todo às suas partes integrantes, constitui um método científico que pode transformar-se em ideologia, quando se

³⁶⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 17.

³⁷⁰ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 107.

³⁷¹ MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre convencimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 50-51.

³⁷² VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 101.

pretende explicar a totalidade de um fenómeno complexo, reduzindo-o, apenas, ao seu nível inferior”³⁷³.

Helena Pereira de Melo esclarece que, nas últimas décadas, diversos autores têm utilizado o reducionismo para explicar a totalidade dos fenómenos sociais a partir da genética, surgindo, assim, o chamado “reducionismo genético”, isto é, a tese segundo a qual todos os fenómenos fenotípicos podem ser sempre reduzidos a fatos que ocorrem a nível do genótipo. Para a autora, “afirmar que tudo é determinado pelos genes significa afirmar que os genes constituem a causa de tudo – o reducionismo genético está assim associado ao determinismo genético, à crença em que os genes constituem causa suficiente e necessária de características ou comportamentos”. Explica, ainda, que “a maioria das características fenotípicas de um indivíduo bem como a generalidade das situações de doenças em que este se pode vir a encontrar são devidas a hereditariedade poligénica ou multifatorial e, como tal, resultam da interação entre os genes e o meio ambiente”³⁷⁴.

Entre o meio ambiente e os genes “implicados na formação do fenótipo de um indivíduo adulto estabelece-se um ‘diálogo’ que pode influenciar, por vezes de um modo muito significativo, o resultado da codificação génica”³⁷⁵.

Não se sabe quase nada acerca das relações entre os indivíduos e os seus genes, sendo essa ignorância mesmo “total a propósito da importância e da forma da determinação genética dos traços fenotípicos, já não físicos, mas psicológicos e morais, que definem o ser humano enquanto ser humano”³⁷⁶.

Atualmente, porém, “a generalidade da doutrina defende estar ultrapassada a discussão centrada no peso relativo da natureza ou do ambiente na formação da constituição da pessoa ou da sua conduta. Abandonada a dicotomia genoma/ambiente a questão fundamental a que hoje se procura responder é a de definir o tipo de interação(ões) que se estabelece(m) entre

³⁷³ SKRZYPCZAC, Jean-François – **O inato e o adquirido, desigualdades ‘naturais’, desigualdades sociais**. Trad. Omar Matias. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 47.

³⁷⁴ MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 519-524.

³⁷⁵ REGATEIRO, Fernando J. – Eugénia – passado, presente e futuro. **Brotéria Genética**. Lisboa. Vol. XVII (XCII), nº 1-2 (1996), p. 10.

³⁷⁶ HOTTOIS, Gilbert; SUSANNE, Charles - Eugénia. In HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël, coord. – **Nova Enciclopédia da Bioética**. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 344.

ambos”³⁷⁷. Melhor dizendo: já não se discute o *nature versus nurture*, mas o *nature via nurture*³⁷⁸.

Diferentes ambientes possibilitarão, portanto, que a constituição genética de um indivíduo, no que diz respeito ao seu genótipo, se expresse em diferentes fenótipos. “Aquilo que cada indivíduo é em cada momento resulta, assim, da atividade do conjunto de genes transmitidos pelos pais e da interação deste conjunto com o ambiente, primeiro intra-uterino, depois extra-uterino, até à morte”³⁷⁹.

Em síntese, a despeito dos inegáveis benefícios decorrentes do avanço tecnológico e científico, não se pode perder de vista a ameaça que o uso nocivo dessas tecnologias representa, pois “as manipulações levadas a efeito pelas técnicas de engenharia genética podem levar à descaracterização do núcleo genético básico do ser humano”³⁸⁰. Exatamente em virtude destes graves riscos, o progresso científico e suas aplicações no campo biomédico fizeram surgir, entre os cientistas, diversas indagações relacionadas ao ser humano, destacando-se as concernentes aos limites legais das intervenções médicas manipulativas da vida humana. Essas reflexões trouxeram à tona o conceito de pessoa humana, agora sob a égide da Bioética e do Biodireito, levando-se em conta a dignidade inerente a todo ser humano³⁸¹.

Simone Born de Oliveira salienta que projetos científicos como o Genoma Humano apresentam importantes aspectos positivos: são atrativos para financiamentos e obtenção de recursos, facilitando que sejam colocados em prática e, a despeito dos potenciais riscos, o

³⁷⁷ MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 526.

³⁷⁸ RIDLEY, Matt – **Nature via nurture, genes, experience and what makes us human**. London: Harper Perennial, 2004. p. 4.

³⁷⁹ MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 528.

³⁸⁰ XAVIER, Elton Dias – A identidade genética do ser humano como um biodireito. In LEITE, Eduardo Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 58.

³⁸¹ BARRACHO, José Alfredo de Oliveira – A vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 190-191.

desenvolvimento das pesquisas é necessário à busca de benefícios para todos, impedindo, ademais, a estagnação do conhecimento³⁸².

Ariel Salete de Moraes Junior, por sua vez, ao apontar os diversos aspectos positivos e negativos decorrentes dos avanços científicos, notadamente do Projeto Genoma Humano, esclarece que os conhecimentos adquiridos promovem impactos em diversas áreas afetas à pessoa humana, “como a própria condição de ser humano, nas ciências médicas, no direito e até mesmo sob o aspecto social, além de reviver discussão sobre a prática de eugenia e do determinismo genético”³⁸³.

Stela Barbas compartilha deste ponto de vista, ressaltando que o estudo do genoma permite não somente conhecer melhor os mecanismos das funções genéticas e prevenir e tratar doenças, mas também facilita o desencadear de novas formas de eugenismo e de racismo³⁸⁴.

Reconhecendo, igualmente, que os avanços tecnológicos podem ser utilizados de forma positiva ou negativa, Tom Wilkie alerta que o ser humano não se resume a um meio de transmissão de informações genéticas de uma geração à outra, bem como que a “vida humana é mais que a mera expressão de um programa de computador escrito em linguagem bioquímica do ADN”³⁸⁵.

Nesta mesma direção, preocupada com potenciais violações à dignidade da pessoa humana que podem resultar da dimensão econômica das pesquisas científicas, consistente na dependência de financiamentos com recursos privados, Selma Rodrigues Petterle aduz haver sérios riscos de que o ser humano seja tratado como objeto e instrumento para fins comerciais³⁸⁶.

Considerando-se todos os argumentos acima delineados, resta patente a necessidade de defesa da identidade genética do ser humano, na perspectiva de proteger as características que são transmitidas de geração em geração. Esta proteção se justifica na medida em que a

³⁸² OLIVEIRA, Simone Born de – **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 92.

³⁸³ MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre convencimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 55-56.

³⁸⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 204-205.

³⁸⁵ WILKIE, Tom - **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994. p. 09-10.

³⁸⁶ PETTERLE, Selma Rodrigues – **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19.

composição genética de cada um de nós representa “um tipo especial de propriedade, um conjunto de dados exclusivos, que se distingue de todos os outros tipos de informação, razão pela qual merece especiais formas de garantia”³⁸⁷.

Embora a Ciência tenha criado o seu próprio destino, “é uma aventura em aberto que terá de ser disciplinada para evitar que o futuro da Humanidade se reduza a um absurdo, a um impossível”³⁸⁸. Por estas razões, a proteção do genoma humano é objeto de previsão na ordem jurídica internacional, assim como em diversos países, incluindo Portugal, o que, a seguir, será tema deste estudo.

2.2. O genoma humano como patrimônio comum da humanidade: o sistema jurídico internacional de proteção

Como visto no tópico anterior, se, por um lado, a análise dos genomas pode resultar na possibilidade de melhorar o diagnóstico, a prevenção e o tratamento de inúmeras doenças, por outro, há o risco do aparecimento de medidas eugênicas e preventivas de carácter coercivo, do recurso a análises genéticas como meio de controle e discriminação social de camadas da população na sua totalidade, de seleção de embriões e fetos segundo critérios exclusivamente genéticos e, conseqüentemente, de introdução de alterações profundas na convivência social.

Com efeito, os progressos científicos, mormente os relacionados ao genoma humano, possibilitarão de modo mais enfático e preciso a prevenção e a predição de doenças como forma de se evitar a necessidade de ulterior tratamento, pois serão desenvolvidos testes genéticos que permitirão detectar com bastante antecedência as enfermidades, bem como serão aprimorados os conhecimentos sobre as condições ambientais responsáveis pelo seu surgimento. Destaca-se, ainda, a possibilidade de investigar as interações entre o genoma humano e o meio ambiente que o circunda, o que levará à otimização das capacidades físicas e intelectuais do indivíduo³⁸⁹.

Diante dos problemas éticos e jurídicos decorrentes dos avanços tecnológicos e da possibilidade do uso abusivo dos conhecimentos sobre o genoma humano, Stela Barbas pondera que “a regra jurídica é o instrumento último para impor comportamentos obrigatórios, quando

³⁸⁷ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 17.

³⁸⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 42.

³⁸⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 76.

o entrechoque de interesses se instala na sociedade”. Como bem salienta a autora, a vida social desenvolve mecanismos para a sua própria defesa, mas o Direito revela-se o elo decisivo quando outros meios se mostram inoperantes, impondo o *standard* que melhor realiza os fins sociais em dado momento³⁹⁰.

Embora a tecnologia e as pesquisas médicas avancem em um ritmo cada vez mais acelerado, o Direito busca acompanhar esta trajetória, instituindo princípios, normas e instrumentos voltados ao adequado enfrentamento dos problemas e conflitos que emergem da evolução da ciência genética. Assim é que muitas questões relacionadas às aplicações das novas tecnologias nesta área – como o acesso às informações genéticas de uma pessoa, mediante a realização de testes genéticos – vêm merecendo a atenção dos legisladores, seja no plano internacional, seja no âmbito de cada Estado.

Considerando-se que o patrimônio genético humano se transmite de geração a geração, impõe-se, de fato, a adoção de uma postura de respeito e proteção, diante da possibilidade de sua manipulação sem controle. Como afirma Rui Nunes, “a comunidade humana é responsável pelo patrimônio genético de todos os seres humanos, incluindo o das gerações vindouras, pelo que se considera hoje que o genoma humano é patrimônio comum da humanidade”³⁹¹.

O conceito de patrimônio comum ou bem comum é sintetizado por Helena Pereira de Melo como aquele traço que une todos os seres humanos, buscando-se discernimento além das diversidades culturais. Segundo a autora, estamos “perante uma nova forma de sociabilidade mundial, fundada nos valores da solidariedade, cujos objetivos se situam além dos interesses de cada Estado, à escala da comunidade internacional”³⁹².

A propósito, Roberto Camilo Leles Viana ressalta que “tratados e declarações e outros instrumentos normativos tentam dar o rumo, principalmente ético, para a nacionalização de princípios e normas que regulamentam a aplicação das descobertas genéticas”, podendo-se notar, ainda, a existência de uma série de diplomas legislativos que têm como objetivo proteger o direito à intimidade e proibir a discriminação em função do patrimônio genético³⁹³.

³⁹⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 207-208.

³⁹¹ NUNES, Rui – Bases de dados genéticos – Perspectiva ética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 300.

³⁹² MELO, Helena Pereira de – **Implicações jurídicas do Projecto Genoma Humano: constituirá a discriminação genética uma nova forma de apartheid?** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 599-600.

³⁹³ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 50.

Diante das relevantes preocupações de natureza ética e jurídica acima apontadas, o Parlamento Europeu, em 16 de março de 1989, aprovou a Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética³⁹⁴.

Em relação ao quadro jurídico, a Resolução salienta a liberdade fundamental da ciência e da investigação; entende que a expressão jurídica da responsabilidade social das ações dos investigadores e da investigação se encontra nos limites da liberdade da ciência e da investigação, que decorrem particularmente dos direitos de terceiros e da sociedade por eles constituída; entende como direito que define estes limites, sobretudo, a dignidade do indivíduo e do conjunto dos indivíduos; considera tarefa inalienável do legislador a definição destes limites; e entende que a função das comissões éticas e das associações de defesa de direitos é exclusivamente a de formular concretamente as regras estabelecidas pelo legislador.

Considera, outrossim, como condições prévias essenciais para a utilização de análises genéticas, que: a) estas e as consultas correspondentes sejam orientadas exclusivamente para o bem-estar das pessoas em questão, sempre com caráter voluntário, e os resultados da pesquisa sejam comunicados aos interessados, se estes assim o desejarem, o que significa que o médico não tem o direito de informar os familiares das pessoas em questão sem o consentimento destas; b) estas não sejam, em caso algum, utilizadas com o objetivo, questionável do ponto de vista científico e inaceitável do ponto de vista político, de obter uma “melhoria positiva” do patrimônio genético da população ou, ainda, para uma seleção negativa de características genéticas indesejadas ou o estabelecimento de “normas genéticas”; c) o princípio da autodeterminação individual das pessoas observadas tenha prioridade incondicional sobre as pressões de caráter econômico dos sistemas de saúde, pois todo indivíduo tem o direito inviolável de conhecer ou não os seus genes; d) a elaboração de fichas genéticas individuais só possa ser realizada por um médico e a transmissão, concentração, armazenamento e aproveitamento de dados genéticos por organizações públicas ou privadas sejam proibidas; e) a elaboração de estratégias genéticas para solucionar problemas sociais não se verifique, pois isto anularia a capacidade de compreender a vida humana como uma realidade complexa, que nunca poderá ser totalmente abrangida por um só método científico; f) os conhecimentos adquiridos pelo recurso à análise genética sejam absolutamente fiáveis e possibilitem afirmações inequívocas sobre dados clínicos precisos e definidos, cujo conhecimento seja, para o próprio interessado, de utilidade imediata do ponto de vista da saúde.

³⁹⁴ PROBLEMAS Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética e da Fecundação Artificial Humana. Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990.

No que concerne especificamente ao Direito do Trabalho, a indigitada Resolução prevê expressamente a proibição de seleção de trabalhadores com base em critérios genéticos. Ressalta, ainda, que os exames genéticos não podem ser solicitados durante a relação contratual e, quando realizados – somente de modo voluntário –, seus resultados só podem ser acessados pelos interessados. Destaca, por fim, que possíveis violações serão punidas penalmente.

Em 1993, a Reunião Internacional sobre os Aspectos Legais do Projeto Genoma Humano, realizada na Espanha, aprovou a Declaração de Bilbao, que, partindo da premissa de que a intimidade genética é patrimônio de cada pessoa, proclamou a impossibilidade de utilização de dados genéticos que conduzam a qualquer tipo de discriminação no âmbito laboral, de seguros ou outro³⁹⁵.

Posteriormente, com a finalidade de proteger o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantir a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito à sua integridade e aos seus outros direitos e liberdades fundamentais diante do desenvolvimento da chamada biomedicina, foi aprovada pelo Conselho Europeu, em 4 de abril de 1997, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (conhecida como Convenção de Oviedo), que, em seu artigo 2º, estabelece que o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência³⁹⁶.

No artigo 5º, a referida Convenção consagra a regra geral do livre consentimento esclarecido, prevendo que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. No que respeita à vida privada e ao direito à informação (artigo 10º), enfatiza que qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas à sua saúde, assim como de conhecer toda a informação a respeito recolhida. Ressalva, todavia, que a vontade de não ser informada, expressa por uma pessoa, deve ser respeitada³⁹⁷.

³⁹⁵ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 51.

³⁹⁶ CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Série de Tratados Europeus/164 [Em linha]. [Consult. 15 Dez. 2017]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>. Adotada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional em 1º de dezembro de 1999.

³⁹⁷ O direito à autodeterminação informacional se traduz no direito de determinar o âmbito, os graus e os moldes segundo os quais o próprio indivíduo revela ou não a informação médica que a ele diga respeito. BARBAS, Stela – O direito de não saber o seu estado de saúde. **Forum Iustitiae: Direito e Sociedade**. Ano I, nº 12 (Junho de 2000), p. 41. Assim, deste mesmo direito decorre o assegurado a toda pessoa de não ser informada sobre as suas condições de saúde, se assim o desejar. De acordo com o artigo 5º, c, da Declaração Universal sobre o Genoma

No capítulo que aborda o genoma humano, o artigo 13º dispõe que uma intervenção que tenha por objeto modificá-lo não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.

Registre-se que, na sequência, em 12 de janeiro de 1998, foi aberto à assinatura dos Estados-Membros do Conselho da Europa, em Paris, o Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, cujo artigo 1º veda expressamente qualquer intervenção com a finalidade de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto (nº 1). Esclarece, ainda, que a expressão ser humano “geneticamente idêntico” a outro ser humano significa um ser humano que tem em comum com outro o mesmo conjunto de genes nucleares (nº 2)³⁹⁸.

Também no contexto europeu, cumpre destacar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, cujo artigo 1º dispõe que a dignidade do ser humano é inviolável e deve ser respeitada e protegida. No artigo 3º, estabelece que todas as pessoas têm direito ao respeito pela integridade física e mental e que, no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; b) a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas; c) a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro; e d) a proibição de clonagem reprodutiva dos seres humanos. O artigo 21º, por fim, veda a discriminação em razão do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual³⁹⁹.

Por sua vez, cabe consignar que a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância⁴⁰⁰ e a Convenção Interamericana

Humano e dos Direitos do Homem, deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes.

³⁹⁸ PROTOCOLO Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos [Em linha]. [Consult. 17 Dez. 2017]. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo2.pdf>.

³⁹⁹ PAIS, Sofia Oliveira – **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 293-305.

⁴⁰⁰ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em:

contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância⁴⁰¹, aprovadas em 2013, durante a 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, expressamente preveem, entre as formas de racismo, discriminação e intolerância que os Estados se comprometem a prevenir, eliminar, proibir e punir, a realização de pesquisas ou aplicação dos resultados de pesquisas sobre o genoma humano, especialmente nas áreas da biologia, genética e medicina, com vistas à seleção ou à clonagem humana, que extrapolem o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana, gerando qualquer forma de discriminação fundamentada em características genéticas.

Diante da sua irrefutável importância é que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão (1997)⁴⁰², afirma, em seu artigo 1º, que o genoma humano “constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade”, alçando-o a patrimônio da Humanidade. Dispõe, ainda, no artigo 2º, que a todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas, e que esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade⁴⁰³.

No que concerne aos direitos dos indivíduos, o referido documento internacional proclama que a pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa dos respectivos riscos e benefícios, devendo ser obtido, em qualquer caso, o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, que tem o direito de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e suas consequências. Proíbe, ainda, qualquer tipo de discriminação com base em características genéticas, prevendo a confidencialidade dos dados genéticos associados a um indivíduo

http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf.

⁴⁰¹ CONVENÇÃO Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf.

⁴⁰² O Comitê de Especialistas Governamentais, convocado em julho de 1997 para a conclusão de um projeto de declaração sobre o genoma humano, examinou o esboço preliminar revisto, redigido pelo Comitê Internacional de Bioética. Ao término de suas deliberações, em 25 de julho de 1997, o Comitê de Especialistas Governamentais, no qual mais de 80 Estados estiveram representados, adotou por consenso o Projeto de uma Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que foi apresentado para adoção na 29ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO (de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997).

⁴⁰³ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática. Trad. Regina Coeli [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2001. [Consult. 17 Set. 2017]. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

identificável e a indenização por danos resultantes de intervenções sobre o genoma. Estabelece, ademais, que limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos⁴⁰⁴.

Conforme publicação editada pela própria UNESCO, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos merece destaque por dois aspectos:

“Primeiramente, pela abrangência do texto que, num contexto científico e político marcado por questões polêmicas como a manipulação do genoma humano, a clonagem humana e os transgênicos, afirma ou reafirma princípios e valores intangíveis. Em segundo lugar, pelos inúmeros e diferentes atores envolvidos, graças a diversos fatores: a natureza inerente ao assunto que, como todas as questões éticas, situa-se na interface entre várias disciplinas; a universalidade de seu enfoque, que deverá ser enriquecido por um debate público envolvendo todos os membros da sociedade; a diversidade de contextos econômicos, sociais e culturais nos quais se enraíza o pensamento ético ao redor do mundo. Isso porque a reflexão de cada indivíduo se desenvolve conforme sua própria natureza, plasmada por sua história e suas tradições (legais, políticas, filosóficas, religiosas, etc.)”⁴⁰⁵.

Saliente-se que, ao proclamar que o genoma humano constitui patrimônio comum da Humanidade, esta Declaração fez surgir uma noção e um conceito inteiramente novos, no âmbito do direito internacional, à medida em que a Humanidade, presente e futura, passa a figurar como sujeito de direitos. À figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se o genoma humano como objeto e sujeito de direitos⁴⁰⁶.

Para João Nuno Zenha Martins, com esta Declaração, pretendeu-se, sobretudo, garantir a unidade biológica da Humanidade na diversidade gerada pelo polimorfismo da expressão genética e a proteção face à inteligência humana e à sua capacidade de intervenção na natureza, da sua construção pela evolução adaptativa natural⁴⁰⁷.

Em virtude das novas questões éticas levantadas pela velocidade dos progressos nesse campo, a abrangência e o alcance potencial da Declaração tornaram necessário à UNESCO elaborar um sistema voltado ao seu acompanhamento e implementação – uma inovação em se tratando de instrumento não mandatário. De todos os lados, afirmou-se o interesse de que esse

⁴⁰⁴ Item B, artigos 5 a 9.

⁴⁰⁵ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática. Trad. Regina Coeli [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2001. [Consult. 17 Set. 2017]. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

⁴⁰⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 21-22.

⁴⁰⁷ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 6-7.

sistema se torne rapidamente operacional, de modo que os princípios contidos no texto possam ser transformados em realidade com a maior brevidade possível. Impôs-se uma implementação com especial urgência, em função do ritmo sempre crescente do desenvolvimento técnico e científico da biologia e da genética, em que cada avanço quase infalivelmente traz novas esperanças para a melhoria do bem-estar da Humanidade, ao lado de dilemas éticos sem precedentes⁴⁰⁸.

Alguns anos depois, em sua 32ª Sessão (2003), a Conferência Geral da UNESCO aprovou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos⁴⁰⁹, tendo por objetivos assegurar o respeito à dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade e considerando a liberdade de pensamento, expressão e investigação, bem como definir os princípios que deverão orientar os Estados na formulação da sua legislação e das suas políticas sobre estas questões e servir de base para a recomendação de boas práticas nestas matérias (artigo 1º).

A Declaração parte da premissa de que, embora cada indivíduo tenha uma constituição genética característica, a identidade de uma pessoa não pode ser reduzida a características genéticas, pois depende também de fatores educacionais, ambientais e pessoais, bem como de relações afetivas, sociais, espirituais e culturais (artigo 3º). Reconhecendo a especificidade dos dados genéticos humanos – decorrente, entre outras, da circunstância de serem preditivos de predisposições genéticas dos indivíduos – (artigo 4º), estabelece que eles só podem ser coletados, tratados, utilizados e conservados para fins de diagnóstico e cuidados de saúde (incluindo os rastreios e testes preditivos), investigação médica e científica (incluindo os estudos epidemiológicos, antropológicos ou arqueológicos), medicinal legal e processos civis ou penais e outros procedimentos legais (de acordo com a legislação interna de cada Estado) ou qualquer outro compatível com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e com o direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º).

⁴⁰⁸ Em decorrência disso, a Conferência Geral da UNESCO, em sua 30ª Sessão (1999), adotou as “Diretrizes para a Implementação da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos” elaboradas pelo Comitê Internacional de Bioética e aprovadas pelo Comitê Intergovernamental de Bioética. Estas Diretrizes buscam identificar não apenas as tarefas que caberiam a diferentes atores na implementação da Declaração, mas também modalidades de ações para sua concretização.

⁴⁰⁹ DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 06 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.

Preconiza, ainda, que a coleta, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos se sujeitem a procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis, com a participação da sociedade nos processos de tomada de decisão sobre as políticas correlatas e a intervenção de comitês de ética, nos níveis nacional, regional, local e institucional, assegurando, ademais, o princípio do consentimento prévio, livre, informado e expresso, que só poderá sofrer restrições por razões imperativas impostas pelo direito interno, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Prevê, outrossim, que sejam envidados esforços para impedir que os dados genéticos sejam utilizados para fins de discriminação da pessoa, com ofensa aos seus direitos, liberdades ou dignidade, ou de estigmatização de um indivíduo, família, grupo ou comunidade (artigos 6º, 7º e 8º).

Entre outros aspectos relevantes, a Declaração em comento contempla o direito do interessado a decidir ser ou não informado dos resultados da investigação médica e científica acerca de seus dados genéticos, bem como a necessidade de adequado aconselhamento genético quando um teste genético possa ter implicações importantes para a saúde de uma pessoa (artigos 10º e 11º). No que concerne à proteção à vida privada e à confidencialidade, estabelece que os dados genéticos humanos associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados ou tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, a não ser por motivo de interesse público relevante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno ou sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa (artigo 14º). O acompanhamento e a avaliação da aplicação prática da Declaração são de responsabilidade do Comitê Internacional de Bioética (CIB) e do Comitê Intergovernamental de Bioética (CIGB), aos quais compete formular pareceres e propostas para acentuar a sua efetividade, bem como dirigir recomendações à Conferência Geral (artigo 25º).

Assim como a Declaração anterior, de 1997, esta veio acompanhada de uma resolução por meio da qual a Conferência Geral exorta os Estados-membros a envidarem esforços para fazer vigorar os princípios enunciados, bem como convida o Diretor-Geral a tomar as medidas apropriadas para assegurar a sua divulgação e o acompanhamento da sua aplicação.

Ainda no âmbito da UNESCO, foi adotada, em 19 de outubro de 2005, durante a 33ª Sessão da Conferência Geral, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que trata das questões éticas 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 ambiental. O documento revela um amadurecimento das discussões na esfera internacional e uma visão mais abrangente do tema, tendo enunciado os princípios

fundamentais da bioética, pautados, entre outros aspectos, pelo respeito à dignidade humana, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, pelo fomento ao diálogo multidisciplinar e pluralista e pela defesa dos interesses das gerações presentes e futuras (artigos 1º e 2º)⁴¹⁰.

A mais recente Declaração consagra, igualmente, o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa submetida a intervenções médicas ou pesquisas científicas, o respeito à vida privada e à confidencialidade das informações pessoais e os princípios da não discriminação e não estigmatização, estimulando a criação de comitês de ética independentes (artigos 6º, 9º, 11º e 19º), e dispõe, tal como as anteriores, sobre o papel dos Estados e as atividades de acompanhamento por parte da UNESCO (artigos 22º e 25º).

O levantamento acima – embora, evidentemente, não se pretenda exaustivo – revela que os direitos da pessoa face aos avanços da medicina e da biologia decorrentes das novas tecnologias e a proteção ao patrimônio genético já são objeto de notáveis documentos jurídicos internacionais, especialmente no âmbito da União Europeia, os quais constituem importantes referenciais. Tampouco se pode ignorar a relevância das declarações adotadas pela UNESCO, que sinalizam o rumo das discussões no âmbito da Organização das Nações Unidas, abrindo o caminho para possíveis iniciativas voltadas à aprovação de um tratado internacional, dotado do desejável caráter mandatório.

Embora uma análise aprofundada do direito comparado extrapole os limites deste trabalho, convém traçar um breve panorama do tratamento jurídico dos testes genéticos, das informações genéticas e da discriminação genética em alguns países, podendo-se citar, a respeito, a importante pesquisa realizada por Francisco Vieira Lima Neto⁴¹¹.

Conforme expõe o referido autor, nos Estados Unidos da América, diversos Estados – como Arizona, Califórnia e Colorado – possuem leis sobre a discriminação genética e a exigência de testes genéticos, com destaque para as relações laborais e os seguros de saúde. Ao lado destas legislações, ressalta: um pronunciamento realizado no rádio, em 23 de junho de 2001, pelo então presidente George Bush, em apoio às iniciativas de banimento do preconceito genético; a adoção, pela Agência Federal *US Equal Employment Opportunity Commission - EEOC*, de medidas administrativas e judiciais em face de determinada empresa americana (BNSF), por exigir a realização de testes genéticos de seus empregados; a participação ativa,

⁴¹⁰ DECLARAÇÃO Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal. [Em linha]. Paris: UNESCO, 2006. [Consult. 06 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

⁴¹¹ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125-143.

nos debates legislativos sobre o tema, do Instituto Nacional de Pesquisa do Genoma Humano, vinculado aos Institutos Nacionais de Saúde; a mobilização da sociedade, por meio de associações civis voltadas à defesa do direito do cidadão a não ser geneticamente discriminado⁴¹².

Registre-se, outrossim, que, em novembro de 2009, entrou em vigor nos Estados Unidos a Lei contra a Discriminação Baseada em Informação Genética (*Genetic Information Nondiscrimination Act* - GINA), de 2008, que proíbe a discriminação de empregados e candidatos a emprego com base em informação genética⁴¹³. A definição de “informação genética” inclui a relativa a testes genéticos de um indivíduo e dos membros de sua família, assim como a referente à manifestação de uma doença ou distúrbio em um de seus familiares (isto é, o histórico médico familiar), que são frequentemente utilizadas para determinar se uma pessoa possui um risco aumentado de adquirir determinada doença, distúrbio ou condição no futuro. Também se considera informação genética o pedido ou o recebimento de serviços genéticos pelo indivíduo ou por seus familiares (inclusive o uso de técnicas de reprodução assistida), dentre outras situações. Frise-se que é proibida a discriminação genética envolvendo qualquer aspecto relacionado ao emprego – como contratação, dispensa, remuneração, divisão de tarefas, promoções, demissões, treinamento, benefícios adicionais etc. -, pois a lei parte da premissa de que a informação genética não é relevante para determinar a capacidade atual de um indivíduo para o trabalho⁴¹⁴.

Na França, em 1991, o Comitê de Ética recomendou que terceiros, notadamente seguradoras e empregadores, fossem proibidos de ter acesso aos dados genéticos dos segurados

⁴¹² LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125-130.

⁴¹³ Veja-se, a respeito, o sítio eletrônico da U.S. Equal Employment Opportunity Commission. [Consult. 25 Out. 2017]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/types/genetic.cfm>.

⁴¹⁴ Segundo matéria publicada no sítio Consultor Jurídico, há alguns anos, foi registrado um curioso caso envolvendo a aplicação da referida legislação: uma juíza federal americana concedeu indenização a dois trabalhadores de um armazém de produtos alimentícios, nos arredores de Atlanta, Georgia, que, suspeitos de estarem defecando sistematicamente em torno das instalações da empresa, foram submetidos a exames de DNA, que revelaram que eles eram “inocentes”. Embora não tenham sido demitidos, foram alvo de piadas e se sentiram humilhados, razão pela qual moveram uma ação civil contra a empresa, tendo seus advogados sustentado que houvera violação à GINA. Em defesa, a ré alegou que os exames de DNA não lhe forneceram informações médicas sobre os empregados, que estes mantiveram seus empregos e, portanto, não houve discriminação. A juíza entendeu que não importa que a finalidade da lei – a de impedir que empregadores tenham acesso a informações genéticas ou registros médicos de funcionários ou candidatos a emprego – não tenha relação direta com o caso, pois o fato é que o empregador recebeu informações genéticas dos dois trabalhadores, que poderiam ter sido usadas para a finalidade proibida pela lei. Segundo a magistrada, as boas intenções do empregador não são suficientes para justificar a realização de testes genéticos, com base em qualquer motivo. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/lei-eua-impede-exame-dna-evitar-discriminacao-genetica>.

ou trabalhadores, bem como de solicitar aos próprios interessados a produção de tais informações⁴¹⁵. Além disso, desde 1994, o ordenamento jurídico francês prevê a proibição da discriminação genética, por força de algumas modificações introduzidas no Código Civil⁴¹⁶, mormente no artigo 16, cujo § 13 passou a dispor que ninguém pode ser discriminado em razão de suas características genéticas⁴¹⁷. Interessante notar, ainda, que o Código Penal francês contém, no Título II do Livro II, atinente aos crimes contra a pessoa humana, um capítulo destinado às violações à personalidade, cuja Seção VI trata especificamente das “lésões à pessoa resultantes do exame de suas características genéticas ou da identificação por suas impressões digitais genéticas”, punindo, entre outras condutas, a de realizar o exame das características genéticas de uma pessoa para fins distintos dos médicos ou de pesquisa científica, ou, se para estes fins, sem ter obtido previamente o seu consentimento, nas condições previstas pelo Código Civil (artigo 226-25)⁴¹⁸.

Quanto à Espanha, Francisco Vieira Lima Neto observa que, apesar da vasta produção doutrinária sobre biotecnologia, não há referência expressa ao uso indevido da informação genética na legislação sobre técnicas de reprodução assistida. O autor ressalta, porém, que a Constituição espanhola, em seu artigo 14, veda a discriminação em função de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou de qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social, sustentando também que a Lei nº 41/2002, que trata da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, proíbe, ainda que implicitamente, a discriminação em razão do genoma humano, ao prever expressamente o respeito à dignidade da pessoa humana, à autonomia da vontade e à intimidade do paciente⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des "banques de l'ADN, des "banques" de cellules et de l'informatisation des données). [RECOMENDAÇÃO sobre a aplicação de testes genéticos a estudos individuais, estudos familiares e estudos populacionais (Problemas de “bancos de DNA”, de “bancos” de células e da informatização de dados)] [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis025.pdf>.

⁴¹⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 132-134.

⁴¹⁷ CODE Civil [Em linha]. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D872CAB8BCAE1E104271FD6DB583942E.tplgfr39s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180131.

⁴¹⁸ CODE Pénal [Em linha]. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9C01D3D072DDD70802F59B05B8AB030C.tplgfr35s_3?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180202.

⁴¹⁹ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 134-135.

A Suíça, por sua vez, foi o primeiro país a tratar de temas relacionados ao genoma humano na Constituição⁴²⁰. O artigo 119 prevê que o ser humano deve ser protegido contra os abusos em matéria de reprodução assistida e de engenharia genética, bem como que cabe à Confederação, ao legislar sobre a matéria, assegurar a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família, respeitando, entre outros, o princípio de que o patrimônio genético de uma pessoa só pode ser analisado, registrado e divulgado com o seu consentimento ou em virtude de lei⁴²¹.

Na Áustria, a legislação sobre técnicas genéticas, de 12 de julho de 1994, que assegura a confidencialidade dos dados genéticos de um indivíduo, permitindo o conhecimento das informações apenas pelo médico ou outras pessoas expressamente autorizadas, traz insita, igualmente, a ideia de vedação à discriminação genética⁴²².

Na Alemanha, embora inexista regulamentação específica sobre a realização de análises genéticas ou a discriminação genética, há divergências acerca da possibilidade de descarte de embriões diagnosticados com doenças genéticas, com relevantes entendimentos negativos fundados no valor da dignidade da pessoa humana, insculpido no texto constitucional alemão. Para Francisco Vieira Lima Neto, pode-se afirmar, com base neste princípio e na lei de proteção do embrião (Lei nº 745/1990) – que veda a coisificação do ser humano –, que o ordenamento jurídico alemão também repudia, ao menos de forma indireta, a discriminação genética⁴²³.

O mesmo autor ressalta que, na Inglaterra, uma decisão do Comitê de Genética e Seguros autorizou as companhias de seguros a exigir, na contratação de cobertura de riscos, que os candidatos se submetam a exame de DNA, para constatação de possível distúrbio cerebral degenerativo de origem genética – em direção aparentemente contrária, portanto, à da maioria dos países europeus, mormente os signatários da Convenção de Oviedo⁴²⁴.

⁴²⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 135-136.

⁴²¹ CONSTITUTION Fédérale de La Confédération Suisse [Em linha]. [Consult. 31. Jan. 2018]. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>.

⁴²² LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 136.

⁴²³ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-138.

⁴²⁴ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 138-139.

Na Argentina, a Câmara de Buenos Aires aprovou, em 28 de junho de 2000, a Lei Municipal nº 421, que vedava expressamente a realização de testes genéticos no âmbito das relações de trabalho, em empresas de medicina privada e em seguradoras, bem como proibia a divulgação de informações genéticas a terceiros⁴²⁵. Esta lei foi revogada pela de nº 712, de 29 de novembro de 2001 – denominada Lei de Garantias do Patrimônio Genético Humano⁴²⁶ –, mais abrangente e detalhada, que proíbe a discriminação de pessoas ou membros de suas famílias com base em informação genética ou serviços genéticos, repetindo as vedações do diploma legal anterior. No âmbito das relações de trabalho, qualifica como práticas ilegais do empregador: deixar de ou negar-se a contratar, despedir ou de alguma forma discriminar qualquer pessoa, quanto à remuneração, termos, condições ou benefícios trabalhistas, ou, ainda, limitar, segregar ou classificar os empregados de forma a privá-los de oportunidades ou de algum modo afetar adversamente sua condição, em virtude de informações genéticas relacionadas à pessoa ou a seus familiares; solicitar, coletar ou comprar informações genéticas sobre uma pessoa ou membro da sua família. Assegura, ainda, a confidencialidade no manejo de informações genéticas integrantes dos registros médicos do empregado, sob pena de responsabilidade por perdas e danos, excetuando-se o acesso ao próprio interessado, a seu pedido, em razão de ordem judicial ou a autoridades que estejam investigando o cumprimento da lei. Vale destacar, ademais, que a lei argentina expressamente adota, como programa para a regulação e interpretação das condutas relacionadas às pesquisas sobre genoma humano e suas aplicações, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, de 1997, cujo texto integra seu Anexo I.

Em Portugal, a Constituição da República, em seu artigo 26º, nº 3, estabelece 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 científica⁴²⁷.

No que concerne à discriminação em razão do patrimônio genético, Stela Barbas sustenta que, embora o artigo 13 da Constituição, que trata do princípio da igualdade, a ela não se refira especificamente, a questão se amolda à sua previsão, haja vista não se tratar de norma

⁴²⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 142.

⁴²⁶ LEY 712/01, de 29 de Noviembre. Ley de Garantias del Patrimonio Genetico Humano [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=17360&qu=c&ft=0&cp=&rl=1&rf=0&im=&ui=0&printi=1&pelikan=1&sezion=&primera=0&mot_toda=&mot_frase=&mot_alguna=&digId=.

⁴²⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 34.

de caráter taxativo. A autora lembra também que os direitos dos trabalhadores recebem especial proteção constitucional, destacando os artigos 58º e 59º, que cuidam, respectivamente, do direito ao trabalho, a todos assegurado, e dos direitos dos trabalhadores, sem distinção de qualquer natureza⁴²⁸.

O Código do Trabalho português, por sua vez, assegura o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, que abrange o acesso e a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal do indivíduo, bem como a proteção dos dados pessoais do candidato a emprego ou trabalho, inclusive os relativos à sua saúde (artigos 16º e 17º). Dispõe, ainda, que, em regra, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir do candidato a emprego ou trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando tenham por finalidade a proteção e a segurança do próprio ou de terceiros ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem (artigo 19º, nº 1). Proíbe, outrossim, que o empregador exija da candidata a emprego ou trabalhadora a apresentação de testes de gravidez e garante a confidencialidade dos testes e exames médicos a que o trabalhador tenha se submetido, determinando que o médico só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade (artigo 19º, nº 2 e 3). Prevê, finalmente, o direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho, proibindo qualquer discriminação em razão de diversos fatores, entre os quais está expressamente indicado o patrimônio genético (artigos 24º e 25º)⁴²⁹.

No mais, a legislação portuguesa está bastante avançada no que respeita à utilização da informação genética no âmbito do contrato de trabalho⁴³⁰, contando com normatização específica sobre o tema: a Lei nº 12/2005, que define 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 investigação⁴³¹.

A Lei nº 12/2005 adota uma posição restritiva e consagra, como regra geral, na seara trabalhista, a proibição dos testes genéticos na fase de admissão e durante a execução do

⁴²⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 581.

⁴²⁹ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 30-34.

⁴³⁰ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 54.

⁴³¹ LEI nº 12/2015. **Diário da República I Série-A**. Nº 18 (26-01-05), p. 606-611.

contrato de trabalho. Admite, porém, excepcionalmente, a utilização dos referidos exames, quando estiverem em jogo a proteção da saúde do próprio trabalhador ou situações de grave risco para a segurança ou a saúde pública⁴³².

Os artigos 6º e 7º da mencionada lei tratam minuciosamente da informação genética e das bases de dados genéticos, dispondo sobre o acesso e assegurando sua confidencialidade.

Em relação à terapia gênica, o artigo 8º estabelece que a intervenção médica que tenha como objeto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, uma vez verificadas as condições legalmente estabelecidas, por razões preventivas ou terapêuticas. Proíbe, outrossim, qualquer intervenção médica que tenha por objetivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa.

Com relação aos testes genéticos⁴³³, o artigo 9º prevê que a detecção do estado de heterozigotia para doenças recessivas, o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas e os testes de suscetibilidades genéticas em pessoas saudáveis só podem ser executados com autorização do próprio, a pedido de um médico com a especialidade de genética e na sequência da realização de consulta de aconselhamento genético, após consentimento informado, expresso por escrito, assim como que a comunicação dos resultados deve ser feita exclusivamente ao próprio ou, no caso de testes diagnósticos, a quem legalmente o represente ou seja indicado pelo próprio, e em consulta médica apropriada.

Stela Barbas salienta, contudo, que a legislação não faz qualquer distinção entre doenças monogênicas e predisposição para aquelas multifatoriais. Para a autora, a distinção é importante, pois, quanto às primeiras, a certeza de que vão se manifestar é quase absoluta, ao passo que as últimas somente se manifestarão em certas condições de ambiente⁴³⁴.

Cabe ressaltar, ainda, que o artigo 11º adota, de forma bastante ampla, o princípio da não discriminação, determinando que ninguém pode ser prejudicado ou discriminado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética, do seu patrimônio genético ou dos resultados de testes genéticos, inclusive para efeitos de obtenção ou manutenção de emprego, obtenção de seguros de vida e de saúde, acesso ao ensino ou de adoção.

⁴³² VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 56.

⁴³³ Nos termos do artigo 10º, nº 3, da Lei nº 12/2005, consideram-se testes genéticos preditivos os que permitam a detecção de genes de suscetibilidade, entendida como uma predisposição genética para uma dada doença com hereditariedade complexa e com início habitualmente na vida adulta.

⁴³⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 585.

O artigo 13º disciplina especificamente os testes genéticos no emprego, proibindo, como regra, que estes sejam exigidos ou utilizados para admissão de trabalhadores ou no curso do contrato de trabalho, ainda que com o consentimento dos trabalhadores⁴³⁵. O referido artigo também consagra duas exceções à vedação da utilização de testes genéticos no emprego, quais sejam: a) quando o ambiente de trabalho possa oferecer riscos específicos a um trabalhador com dada doença ou suscetibilidade ou afetar sua capacidade de desempenhar com segurança determinada tarefa, caso em que a informação genética só pode ser usada para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, o teste genético deve ser efetuado após consentimento informado e mediante aconselhamento genético apropriado e os resultados devem ser entregues exclusivamente ao próprio trabalhador, nunca se podendo pôr em causa a sua situação laboral; b) quando situações particulares impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública. Em qualquer hipótese, os testes somente serão admitidos se dirigidos a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador, devendo ser executados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador.

Porém, para Roberto Camilo Leles Viana, estas exceções legais se destinam “apenas ao conhecimento da saúde atual do trabalhador e não à previsão sobre o estado de saúde futuro, ou seja, possibilita somente os testes genéticos de diagnóstico e não de prognóstico”, não devendo levar à detecção de qualquer predisposição genética para doença futura⁴³⁶.

De outra sorte, no contexto da ordem jurídica brasileira, inexistente regramento legal específico no que se refere à proteção do patrimônio genético humano, ainda que esta salvaguarda possa ser extraída diretamente do valor axiológico da dignidade da pessoa humana, que, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como da proteção à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no artigo 5º, inciso X⁴³⁷.

Frise-se, ainda, que o texto constitucional brasileiro se refere ao patrimônio genético, em sua dimensão coletiva, no artigo 225, § 1º, inciso II, segundo o qual, para assegurar a

⁴³⁵ “No que diz respeito ao consentimento do trabalhador para a realização dos testes genéticos, a lei afirma a irrelevância da permissão, o que faz todo sentido numa relação marcadamente assimétrica, como é a relação laboral. Pois o consentimento será sempre questionável devido à disparidade socioeconômica existente entre os sujeitos celebrantes do contrato de trabalho”. VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 57.

⁴³⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 58.

⁴³⁷ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Mar. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético⁴³⁸.

Como observa Roberto Camilo Leles Viana, se comparado a Portugal, o Brasil está bem atrasado em matéria de normatização dos testes genéticos, sendo necessário recorrer aos “princípios gerais do Direito, aos preceitos de direitos humanos fundamentais, bem como às resoluções administrativas para apreciar o tema, enquanto se espera pela criação de lei especial ou de inclusão no código trabalhista de sua regulamentação”⁴³⁹.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) nada prevê sobre o assunto, muito embora o artigo 168 imponha ao empregador a realização de exames médicos por ocasião da admissão, da demissão e periodicamente⁴⁴⁰. Contudo, a leitura do citado dispositivo não permite concluir pela possibilidade de realização de testes genéticos “por mera analogia jurídica, visto que estes têm a natureza preditiva e vão além do que está previsto”⁴⁴¹.

No plano infraconstitucional, merece registro, também, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que trata da proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho⁴⁴².

Em seu artigo 1º, a referida lei proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

⁴³⁸ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Mar. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

⁴³⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 59.

⁴⁴⁰ CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [Em linha]. [Consult. 31 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

⁴⁴¹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 60.

⁴⁴² LEI nº 9.029/95, de 13 de Abril [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM.

O artigo 2º define como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez e a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou promoção do controle de natalidade.

Na hipótese de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além das sanções penais e do direito à reparação pelo dano moral, o artigo 4º faculta ao empregado optar entre a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, e a percepção, em dobro, da remuneração correspondente – acrescidas, em qualquer caso, de juros e correção monetária.

Embora o diploma legal em análise não trate especificamente dos dados genéticos do trabalhador, pode-se afirmar que a questão se amolda perfeitamente à proibição de qualquer forma de discriminação, ali prevista, em razão do seu caráter não taxativo (exemplificativo).

Pode-se citar, ainda, a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Em seu artigo 5º, esta lei permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que sejam viáveis e estejam congelados há pelo menos 3 (três) anos, exigindo, em qualquer caso, o consentimento dos genitores. O artigo 6º, por sua vez, proíbe, entre outras práticas, engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a clonagem humana⁴⁴³.

Também cabe mencionar a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, estabelecendo que os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, e que as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

⁴⁴³ LEI nº 11.105/2005, de 24 de Março [Em linha]. [Consul. 31 Jan. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm.

Prevê, ainda, que os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos na lei ou em decisão judicial⁴⁴⁴.

Cumprе ressaltar, outrossim, a existência de alguns projetos de lei sobre temas relacionados à proteção do patrimônio genético humano, atualmente em tramitação no Poder Legislativo brasileiro:

a) PL nº 4.610/1998: define os crimes resultantes de discriminação genética, estabelecendo que a realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica e após aconselhamento genético, por profissional habilitado⁴⁴⁵;

b) PL nº 4.900/1999: dispõe sobre a proteção contra a discriminação da pessoa em razão da informação genética⁴⁴⁶;

c) PL nº 7.373/2006: acrescenta dispositivo à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para coibir a exigência de realização de testes genéticos para detecção de doenças⁴⁴⁷;

d) PL nº 2.658/2015: altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para impedir a caracterização, como doença preexistente, de doença ou de malformação congênita e tornar obrigatórias a fundamentação e a comunicação, por escrito, da negativa de cobertura⁴⁴⁸.

É certo que, neste contexto, enquanto não forem aprovados instrumentos normativos específicos que tenham por objetivo a proteção do patrimônio genético, possíveis demandas judiciais deverão ser apreciadas necessariamente sob a perspectiva da tutela da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais. De qualquer sorte, os “avanços

⁴⁴⁴ LEI nº 12.654/2012, de 28 de Maio [Em linha]. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm.

⁴⁴⁵ PROJETO de Lei nº 4.610/1998 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995>.

⁴⁴⁶ PROJETO de Lei nº 4.900/1999 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21202>.

⁴⁴⁷ PROJETO de Lei nº 7.373/2006 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=331775>.

⁴⁴⁸ PROJETO de Lei nº 2.658/2015 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1671862>.

científicos e suas aplicações tornaram necessário o posicionamento de instituições, pesquisadores e comitês de ética em todo o país, o que demandou a regulamentação das pesquisas envolvendo seres humanos”⁴⁴⁹.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 340, de 8 de julho de 2004, que trata da Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa em Genética Humana, cujo item III, referente aos aspectos éticos, estabelece, entre outras diretrizes, que: devem ser previstos mecanismos de proteção dos dados, visando a evitar a estigmatização e a discriminação de indivíduos, famílias ou grupos; as pesquisas envolvendo testes preditivos devem ser precedidas de esclarecimentos sobre o significado e o possível uso dos resultados previstos; aos sujeitos de pesquisa deve ser dado optar entre serem ou não informados sobre os resultados de seus exames, cabendo-lhes, ainda, autorizar ou não o armazenamento dos dados e materiais coletados, bem como acessá-los e retirá-los de bancos onde se encontram armazenados, a qualquer momento; os dados genéticos resultantes de pesquisa associados a um indivíduo não podem ser divulgados ou ficar acessíveis a terceiros, notadamente a empregadores, empresas seguradoras e instituições de ensino, tampouco devem ser fornecidos para cruzamento com outros dados para propósitos judiciais ou outros fins, exceto com o consentimento do sujeito da pesquisa⁴⁵⁰.

De outro lado, o Código de Ética Médica, no capítulo que trata dos princípios fundamentais, prevê que, na aplicação dos conhecimentos adquiridos em razão das novas tecnologias, considerando-se suas repercussões para as presentes e futuras gerações, o médico deverá zelar para que as pessoas não sejam discriminadas por qualquer razão relativa à herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade. Já no que concerne à responsabilidade profissional do médico, o artigo 15, *caput*, dispõe que é vedado descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. O § 2º, inciso I, do citado dispositivo proíbe o médico de realizar a procriação medicamente assistida com o objetivo de criar seres humanos geneticamente modificados. O artigo 16, finalmente, veda a intervenção

⁴⁴⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 60.

⁴⁵⁰ RESOLUÇÃO CNS nº 340, de 8 de Julho de 2004 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html.

sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência⁴⁵¹.

Mais recentemente, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, prevendo, entre os princípios gerais, o respeito à autonomia da paciente, a obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido, a vedação de aplicação das referidas técnicas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças, e a proibição de fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana⁴⁵².

Embora as disposições legais e regulamentares acima mencionadas não disponham sobre a realização de testes genéticos, contêm princípios e diretrizes pertinentes ao sigilo das informações médicas e ao livre consentimento informado, que, como adiante se verá, constituem aspectos fundamentais do tema em estudo.

Pode-se assim observar que a descoberta do genoma humano e os avanços alcançados nos campos da medicina e da genética impulsionaram a necessidade de estipulação de marcos regulatórios que imponham limites ao progresso científico, sempre tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana e o bem-estar geral da Humanidade.

De qualquer modo, não há como se negar as evidentes vantagens decorrentes da ampliação do conhecimento genômico, pois todas as doenças têm uma componente genética, seja pela via hereditária ou como resultado da resposta do organismo a agressões ambientais.

O conhecimento do genoma tem possibilitado à ciência a identificação dos genes que causam uma doença ou que contribuem para o seu aparecimento. O grande objetivo consiste na utilização desta informação para desenvolvimento de novos métodos de diagnóstico, tratamento ou prevenção, ou mesmo, nos casos decorrentes de malformação genômica, aplicação de terapia genética para correção do problema. Isso porque, à semelhança de um código de barras, que permite a identificação dos produtos, o genoma humano encerra quase todos os segredos da Humanidade⁴⁵³.

⁴⁵¹ RESOLUÇÃO CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm.

⁴⁵² RESOLUÇÃO CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

⁴⁵³ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 9.

Considerando que o avanço no campo da medicina preditiva já se tornou uma realidade incontestável, cabe, neste momento, a análise dos desafios que se apresentam em decorrência deste fenômeno, notadamente a necessidade de construção de balizamentos éticos e jurídicos, a fim de que este tão celebrado progresso científico não seja responsável pela coisificação do próprio ser humano.

2.3. O desenvolvimento da medicina preditiva e seus desafios: a necessidade de construção de uma “ética da responsabilidade”

O surgimento da medicina preditiva ocorreu a partir da década de 1970, quando se tornou possível a realização de testes visando à detecção de alterações genéticas em indivíduos assintomáticos, que não apresentavam sintomas clínicos de manifestação de alguma doença⁴⁵⁴, traduzindo-se em aplicações dos conhecimentos genéticos no âmbito da prática médica⁴⁵⁵.

Até então, as preocupações se voltavam fundamentalmente para a chamada medicina curativa, por meio da qual a intervenção ocorre quando a doença já se encontra instalada no paciente, tendo por objetivo ministrar-lhe o tratamento adequado. Posteriormente, destacou-se a medicina preventiva, cujo foco é a realização de atos preventivos que irão contribuir para o não aparecimento e a regressão de doenças⁴⁵⁶. Pode-se afirmar que o nascimento da medicina preventiva ocorreu quando os especialistas começaram a observar que a adoção de algumas medidas relacionadas à saúde, como, por exemplo, a higiene pessoal e a mudança de hábitos alimentares, poderiam evitar o surgimento de uma variedade de doenças⁴⁵⁷.

O advento da medicina preditiva, predizente ou genômica “permite a avaliação de predisposições eminentemente genéticas e tenta antever o aparecimento de determinadas doenças que estão relacionadas às características hereditárias de cada indivíduo”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves – **Constituição e biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana**. Vol. II. Coimbra: 2003. p. 628.

⁴⁵⁵ MOREIRA FILHO, Carlos Alberto - Medicina genômica e prática clínica. In MIR, Luís, org. – **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 195.

⁴⁵⁶ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 16.

⁴⁵⁷ NASCIMENTO, Juliana Oliveira – Medicina preditiva: seus aspectos positivos e negativos em face do direito à privacidade. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Rio Grande. Vol. XI, nº 57 (Set. 2008), [Consul. 27 Nov. 2017]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3122&revista_caderno=6.

⁴⁵⁸ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 21.

De acordo com Bruno Leclerc, a medicina preditiva “designa uma orientação nova da prática e da investigação médicas, que consiste em analisar as predisposições biológicas individuais às diferentes doenças conhecidas e em determinar as probabilidades de aparecimento dessas doenças”. Destaca, ainda, que, comparativamente, à medicina curativa clássica, que diagnostica uma doença ativa e a trata em função da evolução dos sintomas patológicos, a medicina preditiva propõe uma intervenção em três fases: estabelecer os parâmetros da identidade biológica da pessoa; prever as patologias correspondentes e propor os melhores meios de prevenir essas patologias⁴⁵⁹.

Os conhecimentos adquiridos com a utilização de recursos tecnológicos de última geração e o desvelamento da estrutura genética do indivíduo asseguram à medicina preditiva a possibilidade de predição de doenças e de correspondentes intervenções relacionadas, por exemplo, a fatores ambientais, vacinação, prescrição de alimentos, dentre outros, inclusive tratamentos médicos de natureza preventiva.

Desta forma, através de um teste genético, é possível aferir patologias de manifestação tardia (teste pré-sintomático), assim como predisposições para o desenvolvimento de uma enfermidade específica (teste de suscetibilidade).

Segundo esclarece o *Genetic Interest Group*⁴⁶⁰, o indigitado teste realiza-se por meio da análise laboratorial de uma amostra sanguínea, com o objetivo de verificar “se existem alterações em genes particulares ou genes associados com a doença”⁴⁶¹. O indivíduo pode ter interesse em realizar um teste genético preditivo, de modo a saber se herdou de seus ancestrais um determinado gene responsável pelo desenvolvimento de uma doença específica, quando: a doença pode ser evitada ou os seus sintomas podem ser eficazmente tratados; a doença não pode ser evitada ou os seus sintomas tratados de forma eficaz, mas pretende utilizar esta informação na tomada de decisão sobre ter ou não filhos ou para saber mais sobre os riscos dos filhos que já tem; acredita que a informação sobre a possibilidade de vir a ter a doença pode ajudá-lo a tomar outras decisões importantes, inclusive sobre cuidados de saúde; se a pessoa prefere possuir mais conhecimentos sobre o seu próprio futuro a viver com incertezas.

⁴⁵⁹ LECLERC, Bruno – Medicina preditiva. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 285-286.

⁴⁶⁰ Trata-se de uma aliança de organizações de doentes do Reino Unido que apoiam crianças, famílias e pessoas afetadas por doenças genéticas.

⁴⁶¹ SEQUEIROS, Jorge - **O que é um teste preditivo? Informação para doentes e familiares** [Em linha]. Trad. Hugo Sousa. Porto: Centro de Genética Preditiva e Preventiva. Nov. 2009. [Consult. 27 Nov. 2017]. Disponível em: <http://www.testegenetico.com/docs/uploaded/predictivept.pdf>.

Esclarece, também, que os testes preditivos já se encontram disponíveis para uma série de doenças, entre as quais podem ser citados certos tipos de câncer; doenças neurológicas, como a paramiloidose (polineuropatia amiloidótica familiar), a doença de Huntington, as ataxias hereditárias e as paraplegias espásticas; doenças neuromusculares, como a distrofia miotônica e a distrofia facio-escapulo-humeral; doenças cardíacas, como a cardiomiopatia hipertrófica e a síndrome do QT longo. Ressalta, outrossim, que os resultados dos testes genéticos são confidenciais, não estando o médico autorizado a divulgar as informações pertinentes sem a permissão do indivíduo.

Para Walter Osswald, do que realmente se fala é de uma medicina que permite prever, com muito pequena margem de erro, o aparecimento no futuro, eventualmente a longo prazo, de manifestações mórbidas graves ou incapacitantes. “Trata-se aqui, sobretudo, de doença monogênica, mas é provável que se venha a incluir nesta área toda uma série de patologias (certos tipos de cancro, como o da mama ou o do cólon; diabetes de tipo 2, esquizofrenia, doença de Alzheimer) para as quais uma determinada constelação de genes predispõe”⁴⁶².

O autor aponta, ainda, duas situações interessantes que podem advir do diagnóstico preditivo. A primeira relaciona-se aos casos em que seja detectada uma predisposição a determinada doença, ocasião em que poderão ser adotadas medidas profiláticas, possibilitando-se ao indivíduo recorrer a determinados estilos de vida, ou com fins terapêuticos. A segunda hipótese diz respeito às doenças incuráveis, em que medidas de profilaxia ou terapêuticas não surtiriam efeito. Neste caso, esse conhecimento teria um valor mais restrito para o indivíduo, ocasionando-lhe uma série de consequências negativas, tais como a preparação psicológica e a necessidade de providências relacionadas ao patrimônio genético, ao exercício profissional e à vida íntima e familiar. Observa, ainda, que o diagnóstico de doenças de manifestação tardia somente pode ocorrer quando observados os seguintes requisitos: ser integrado a um sistema de aconselhamento genético e de acompanhamento do indivíduo e de seus familiares, desde o diagnóstico até a manifestação da doença; necessidade de consentimento informado exaustivo; somente pessoas capazes e que tenham manifestado seu consentimento de maneira expressa e consciente⁴⁶³.

⁴⁶² OSSWALD, Walter – Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

⁴⁶³ OSSWALD, Walter – Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

Como ponderam Lopes-Cende, Rocha e Jardim⁴⁶⁴, a evolução no campo do genoma humano possibilitou o diagnóstico preciso de muitas doenças genéticas e a identificação de indivíduos saudáveis que, mais tarde, apresentarão ou poderão apresentar uma doença hereditária ou uma suscetibilidade aumentada para certas enfermidades comuns da vida adulta, com uma série de implicações psicossociais, éticas e profissionais.

Revela-se essencial, pois, a existência de um protocolo adequado e estruturado para o devido aconselhamento psicossocial do indivíduo nas fases anteriores e posteriores à realização do teste preditivo, com a participação de uma equipe multidisciplinar, de modo a oferecer ao paciente o suporte necessário à adaptação à sua condição pós-teste, caso opte por fazê-lo.

Os autores apresentam recomendações para três situações específicas no âmbito de utilização dos testes preditivos: doenças de início tardio para as quais não existe tratamento, doenças para as quais existem medidas terapêuticas ou preventivas e doenças complexas para as quais apenas uma predisposição aumentada pode ser detectada.

Reconhecendo o impacto que a realização de testes genéticos pode ter sobre as vidas das pessoas e de seus familiares, destacam que, no que respeita às doenças de início tardio e sem perspectivas de tratamento, impõe-se uma necessidade maior de adequado aconselhamento, acompanhamento e suporte médico e psicossocial, em razão das consequências físicas, emocionais e econômicas que lhes são inerentes. Neste caso, os testes preditivos devem ser realizados somente em adultos que os tenham procurado de forma espontânea, com avaliação psicológica e acompanhamento pré e pós-teste e fornecimento de informações acerca do teste e da doença, observando-se o devido sigilo.

No que concerne às doenças para as quais existem medidas terapêuticas ou preventivas, defendem a realização de testes preditivos em pessoas de todas as idades, em razão dos benefícios que o diagnóstico precoce e as medidas profiláticas proporcionam. Faz-se necessário, porém, que o indivíduo receba o devido aconselhamento genético e suporte psicossocial, visando minimizar possíveis conflitos emocionais, como sentimento de culpa e negação diante da doença, bem como possibilitar que os familiares em risco se beneficiem de medidas de prevenção.

Em relação ao último grupo, para o qual somente pode ser detectada uma predisposição para determinada doença, ressaltam que nem sempre é possível fornecer informações precisas,

⁴⁶⁴ LOPES-CENDES, I; ROCHA, JCC; JARDIM, LB – **Testes preditivos** [Em linha]. Projeto Diretrizes. Sociedade Brasileira de Genética Clínica (14 Set. 2007). [Consult. 27. Nov. 2017]. Disponível em https://diretrizes.amb.org.br/_BibliotecaAntiga/testes-preditivos.pdf.

pois o desenvolvimento da enfermidade depende de outros fatores, como características étnicas e ambientais.

Rui Nunes⁴⁶⁵, ao tratar dos testes genéticos preditivos que possibilitam a detecção de uma predisposição a determinada doença, que pode vir a se manifestar ao longo da vida do indivíduo, suscita, ao menos, duas questões fundamentais: 1) como resolver o problema da necessidade de consentimento relativamente às pessoas incapazes?, e 2) quais doenças, considerando-se sua gravidade, devem ser objeto de rastreio genético?

O autor salienta, outrossim, que a obtenção do consentimento do indivíduo no que se refere ao diagnóstico de doenças com manifestação tardia se difere daquela relativa a enfermidade que já esteja presente quando da realização do diagnóstico, havendo a possibilidade de presunção do consentimento no segundo caso, mas não no primeiro. Isto porque as doenças com manifestação tardia possibilitam ao indivíduo longos anos de vida plena, sendo necessário, portanto, que o diagnóstico preditivo possa ser realizado preservando-se a autonomia da vontade, de modo que a pessoa assuma os inconvenientes que dele possam advir, como aumento da ansiedade, alteração da autoimagem, perturbação do ambiente familiar, estigmatização e discriminação social e violação do direito à privacidade individual.

Sustenta, finalmente, que variados fatores ambientais mostram-se determinantes para o despertar de doenças, de modo que deve ser assegurado ao indivíduo o direito de não conhecer a sua identidade genética, mormente quando se tratar de um teste de probabilidade e de não certeza, como é o caso dos testes genéticos preditivos.

Roberto Camilo Leles Viana⁴⁶⁶ aponta a existência de quatro tipos de testes genéticos: o teste pré-sintomático ou diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas, o teste preditivo ou predizente, o teste para detecção do estado de heterozigotia ou de predição de riscos para futuras gerações e o teste de rastreio ou triagem populacional de doenças genéticas.

O teste pré-sintomático é aquele que possibilita, em relação às doenças monogênicas, descobrir uma alteração genética que acarretará o surgimento de determinada doença, com um grau de acerto de praticamente cem por cento, podendo ser realizado em qualquer fase da vida do indivíduo. Por meio deste teste, é possível detectar uma doença monogênica muito antes de sua manifestação. O teste preditivo permite a detecção de genes suscetíveis de manifestação de determinada doença, mas dependentes de fatores externos, ou seja, trata-se da possibilidade de

⁴⁶⁵ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 95.

⁴⁶⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 23-24.

uma pessoa desenvolver uma doença específica caso exposta a certas condições, conjugando-se, assim, fatores genéticos e ambientais. O teste de detecção do estado de heterozigotia, por seu turno, destina-se a revelar se uma pessoa portadora de determinada doença, embora não a manifeste ou apresente qualquer sinal dela, ao longo de toda a sua vida, pode transmiti-la à sua descendência. Por fim, o teste de rastreio não se destina a um indivíduo em especial, mas tem como objetivo obter informações sobre a disseminação de determinadas doenças em uma certa população, visando a evitar o aparecimento ou a transmissão de dados genéticos que sejam nocivos.

A propósito, Stela Barbas⁴⁶⁷ afirma que o rastreio genético não pode ser confundido com o teste genético, pois o seu intuito é “conhecer a difusão de doenças infecciosas ou hereditárias numa determinada população”, ressaltando que se trata de prática frequente na Europa, mais amplamente utilizada nos países mediterrâneos como forma de detecção do gene responsável pela ocorrência da talassemia, por exemplo.

Para a autora, o rastreio, que é promovido pelas autoridades públicas, somente deve ser utilizado quando tiver por objeto uma doença devidamente identificada, que seja dotada de relevância e afete um grande percentual de membros de uma determinada comunidade. Cuidasse, pois, de um instrumento de preservação da saúde pública, que busca evitar o surgimento ou a propagação de genes nocivos. Alerta, contudo, que se deve avaliar as vantagens e desvantagens na utilização do rastreio, tomando-se precauções para que esta prática não estimule, de forma direta ou indireta, a adoção de medidas eugênicas.

Em relação às outras três modalidades acima mencionadas, pode-se assim sintetizar o entendimento da prestigiada autora: o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas possibilita prever, com uma enorme antecedência e com uma probabilidade de acerto de praticamente cem por cento, qualquer sinal de alteração genética, abrindo caminho para a aplicação de tratamentos precoces, bem como para a prevenção de determinadas complicações, podendo ser realizado em adultos e crianças, inclusive na fase pré-natal e nas primeiras etapas de desenvolvimento do embrião; o diagnóstico de predisposições, igualmente aplicável na vida adulta, pré-natal e embrionária, visa a detectar se determinada pessoa tem uma chance maior de contrair uma doença se comparada à população em geral, em conjugação com certos fatores ambientais, e, diante disso, adotar medidas preventivas para evitar que a enfermidade venha a se manifestar; e o diagnóstico de predição de riscos para futuras gerações permite saber se uma

⁴⁶⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 87-89.

pessoa portadora de determinada doença, embora saudável, pode transmiti-la para a sua descendência.

Bruno Leclerc aponta alguns dos problemas éticos advindos do desenvolvimento da medicina preditiva, como a modificação da relação médico-paciente e o aumento dos poderes constituídos perante a saúde individual. Destaca que, de um lado, o médico assume o papel de “especialista em previsões”, cabendo-lhe, contudo, disponibilizar ao doente informações completas, de modo acessível e crítico, relativamente aos dados de natureza preditiva; de outro, o paciente se encontra em uma situação de vulnerabilidade, pois fica impossibilitado de refutar o diagnóstico que lhe é apresentado, bem como de contestar possíveis tratamentos preventivos que lhe sejam impostos. Explica, ainda, que a medicina preditiva possibilita o acesso, por entidades governamentais e privadas, a informações confidenciais do indivíduo, o que poderia colocar em jogo a proteção à intimidade e o respeito aos princípios da justiça e da equidade. Adverte, neste sentido, que a proteção à dignidade da pessoa humana está sob ameaça, sendo necessária uma regulação normativa calcada na Ética e no Direito, sob pena de ocorrência de discriminação da pessoa de acordo com as suas anomalias biológicas. Ressalta, ademais, os riscos de se sujeitar o indivíduo à realização de determinados testes preditivos ou a certos tratamentos, inclusive possíveis limitações do acesso aos serviços de saúde, emprego, seguro e da livre iniciativa de procriação⁴⁶⁸.

Na mesma linha, Santiago Grisolia salienta que, com o surgimento da medicina preditiva, houve uma verdadeira transformação da medicina tradicional, também chamada de medicina paliativa. Entretanto, alerta para a contradição 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 conveniente”⁴⁶⁹.

Roberto Camilo Leles Viana também afirma que a medicina preditiva apresenta inúmeras vantagens relacionadas ao diagnóstico e à prevenção, mas implica uma série de questionamentos de difícil solução pela sociedade e pelo Direito, uma vez que as informações genéticas sobre a suscetibilidade a alguma doença podem gerar sérios reflexos na vida do indivíduo, pois abrangem inúmeros aspectos da vida privada e social da pessoa. Salienta, ainda,

⁴⁶⁸ LECLERC, Bruno – Medicina preditiva. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 287.

⁴⁶⁹ GRISOLIA, Santiago - A biotecnologia no terceiro milênio. In CASANOVA, Carlos Maria Romeo, org. - **Biotecnologia, Direito e Bioética. Perspectivas em Direito Comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 20.

que as informações genéticas podem ser utilizadas por terceiros para as mais diversas finalidades. No âmbito da relação laboral, por exemplo, os empregadores podem se sentir tentados a saber ainda hoje se os seus trabalhadores poderão vir a desenvolver amanhã uma determinada doença, atuando, assim, de forma a evitar possíveis riscos à atividade empresarial⁴⁷⁰.

José A. Zagalo-Cardoso e Luísa Rolim⁴⁷¹, ao tratarem das inovações trazidas pelos testes genéticos, também enunciam o surgimento de diversos novos questionamentos: quais as consequências emocionais para o indivíduo quanto à vivência do risco genético? Quais as consequências advindas da decisão de se realizar testes genéticos? Quais são as vantagens e desvantagens relacionadas aos testes genéticos? Quais as reações psicológicas dos indivíduos quanto ao resultado dos testes genéticos?

De acordo com os mesmos autores, a área da medicina preditiva, embora promissora, consubstanciando-se em um novo paradigma em comparação à medicina clássica, impõe a necessidade de identificação da correlação entre os aspectos sociais e psicológicos e os problemas genéticos que possam surgir, compatibilizando-os com programas voltados à assistência médica, psicológica e social, àqueles que tenham interesse no conhecimento de seu patrimônio genético.

Esclarecem, outrossim, que os testes genéticos possibilitam a detecção da presença, ausência ou até mesmo alteração de uma determinada sequência genética, assim como da probabilidade de um indivíduo vir a desenvolver determinada doença genética. A realização de testes genéticos pode ter como objetivo a predição do risco ou da suscetibilidade para o desenvolvimento de determinada doença (são os chamados testes pré-sintomáticos e testes de suscetibilidade), a identificação de portadores (chamado de teste do estado de portador), o diagnóstico pré-natal e a confirmação de diagnóstico clínico.

Sobre o mesmo tema, Juliana Oliveira Nascimento adverte que qualquer procedimento relacionado à prevenção, precisa ter o intento de assegurar a qualidade de vida humana com respeito à dignidade da pessoa humana, apontando os aspectos positivos e negativos trazidos pela medicina preditiva para a vida de uma pessoa e as de seus familiares:

⁴⁷⁰ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 21-22.

⁴⁷¹ ZAGALO-CARDOSO, José A.; ROLIM, Luísa – Aspectos psicossociais da medicina preditiva: revisão da literatura sobre testes de riscos genéticos. In **Psicologia, Saúde & Doenças**. Coimbra: Faculdade de Psicologia e de Ciência da Educação - Universidade de Coimbra, 2005. p. 4-6.

“Dentre aspectos positivos trazidos pela Medicina Preditiva, visando à prevenção, destaca-se a que predição pode trazer ao paciente a possibilidade de tratamento adequado antecipado, pretendendo que esta enfermidade não venha a se desenvolver, ou mesmo se isto vier a ocorrer, que aconteça de forma mais amena.

Porém, os aspectos negativos desta Medicina são inevitáveis, quando relativizados no fato de que possam vir a comprometer a vida privada das pessoas, pela descoberta de informações mediante a realização dos testes, de que são portadoras, ou mesmo propensas a desenvolverem determinadas doenças, ocasionando, muitas vezes, discriminações em seu meio social. Inclusive, segregação em várias áreas, como por exemplo, para conseguir um emprego. Contudo, deixam-se aqui várias objeções a serem pensadas sobre o livre exercício dos exames... Será que um empregador, não de forma generalizada, ao realizar os exames admissionais, poderá solicitar que tais testes sejam incluídos no ato da admissão de seus funcionários, sem o conhecimento e consentimento dos mesmos? Com o intuito de livrar-se, para não vir a arcar com o ônus de admitir um empregado que poderá daqui alguns meses ou mesmo anos vir a sofrer algum tipo de doença genética familiar, como câncer, por exemplo? É conhecido que tal conduta é totalmente proibida, e se porventura for provada acarretará ao empregador o pagamento de indenização ao trabalhador, entretanto esse tipo de atitude é de difícil fiscalização. Pois, algumas empresas já utilizam-se de uma “discriminação patológica” na hora de contratar seus funcionários no exame médico, para a verificação se o trabalhador não tem nenhuma doença considerada grave, tais como HIV, LER, entre outras, e desta forma segregando os indivíduos que poderiam ser aptos ao trabalho”⁴⁷².

Abordando especificamente os testes genéticos na seara laboral, Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinger afirmam que a possibilidade de identificação de genes determinantes para o aparecimento de certas doenças genéticas que, em combinação com outros fatores, podem acarretar o surgimento de enfermidades no futuro, vai de encontro à insuficiente regulamentação sobre o tema, seja no ordenamento jurídico nacional, seja no plano internacional, impactando diretamente nas hipóteses em que tais testes podem ser utilizados nesse ramo, especialmente no que tange à matéria probatória. Suscitam, por exemplo, indagações sobre como proceder com os diagnósticos realizados e até mesmo como lidar com a chamada obstinação terapêutica, deixando “à percepção de cada um a observação sobre o mal-estar do legislador, dos órgãos previdenciários, do Estado, dos tribunais, dos comitês de ética e da sociedade”⁴⁷³.

Destarte, ainda que não se possam ignorar os benefícios oriundos dos progressos da biologia e da medicina e, mais especificamente, da medicina preditiva, as informações genéticas devem ser utilizadas com as devidas cautelas, de modo a não ocasionar desnecessários estigmas para o indivíduo e sua família.

⁴⁷² NASCIMENTO, Juliana Oliveira – Medicina preditiva: seus aspectos positivos e negativos em face do direito à privacidade. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Rio Grande. Vol. XI, nº 57 (Set. 2008), [Consul. 27 Nov. 2017]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3122&revista_caderno=6.

⁴⁷³ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo – **Bioética da libertação e saúde do trabalhador – A (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 174.

Antonio Bento Betioli salienta que a biotecnologia vem transformando a relação do ser humano com a sua própria realidade, pois atualmente o homem é capaz de manipular a vida. Cita como exemplos a produção de seres transgênicos, a manipulação do genoma humano, o uso das células-tronco para pesquisa científica e as novas modalidades de intervenção científica nos fetos e embriões, ressaltando a necessidade uma “ética nova” que seja adequada às “atuais condições de vida”. A seu ver, cabe à bioética o papel de “reinterpretar as novas formulações da ética, cuidando da vida nas suas três modalidades de existir: humana, animal e vegetal”⁴⁷⁴.

Se é certo que o conhecimento do genoma humano trouxe esperança para a detecção, prevenção e tratamento para inúmeras doenças até então sem solução, esse mesmo progresso científico põe em alerta o homem do século XXI sobre a sua vulnerabilidade. Dito de outro modo, o salto tecnológico proporcionado pelo genoma humano pode resultar em uma interferência perigosa no âmbito privado e social do indivíduo, quando for acessível e de conhecimento de terceiros⁴⁷⁵.

Verifica-se, pois, que, conforme observa Gisele Ecterhoff, o mapeamento do genoma humano fez emergirem diversas questões que trazem a interferência da Ética e do Direito, como a privacidade das informações genéticas, a segurança e eficácia da medicina genética e a justiça no uso das informações genéticas⁴⁷⁶.

A autora também enumera uma série de aspectos positivos e negativos decorrentes do avanço tecnológico no campo da genética e da engenharia genética. Como pontos positivos, cita o desenvolvimento de novas drogas para o tratamento de determinadas doenças, inclusive com a produção de medicamentos individualizados e a consequente redução de efeitos colaterais, bem como a introdução de novas plantas no meio ambiente, como forma de possibilitar o combate à fome. Quanto aos pontos negativos, apresenta os seguintes questionamentos: quem especificamente terá acesso aos resultados e quem vai controlar a privacidade destes mesmos resultados? Como e a quem cabe determinar os aspectos éticos? O que vai prevalecer, o interesse econômico ou o interesse do portador da informação? Até que ponto os testes genéticos são confiáveis? Quais são as consequências do conhecimento da possibilidade de desenvolver uma doença genética incurável?⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ BETIOLI, Antonio Bento – **Bioética, a ética da vida**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 23.

⁴⁷⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise – **Intimidade genética & direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

⁴⁷⁶ ECTERHOFF, Gisele – **Direitos à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 41.

⁴⁷⁷ ECTERHOFF, Gisele – **Direitos à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 53-54.

De acordo com Daniel Serrão, tais preocupações e questionamentos tornam-se ainda mais legítimos ao se ter em conta que, apesar da sua importância, os genes não são suficientes para “determinar uma função ou uma disfunção nas células e organismos multicelulares (excluindo as muito raras doenças monogênicas, e não todas, em que o defeito gênico é determinante)”. Diz que o Projeto Genoma Humano não é capaz de, por si só, contribuir diretamente para a saúde e o bem-estar do homem, porque estes elementos ou características do organismo do ser humano resultam de uma interação dinâmica de tempo e espaço e se encontram abertos “aos sinais do meio ambiente e à própria experiência da vida de cada pessoa singular”⁴⁷⁸.

Nesse contexto, Stela Barbas ressalta que deve haver um ponto de equilíbrio entre os avanços proporcionados pela ciência no âmbito da genética, “acolhendo, claro, como bênçãos os seus resultados positivos, mas não tolerando que se ponham em causa os grandes princípios e valores que definem a nossa civilização”⁴⁷⁹.

Manoel Jorge e Silva Neto, ao discorrer sobre os avanços tecnológicos relacionados ao campo da genética, afirma que “algo assim fatídico ligado à natureza humana a prende, de modo inexorável, ao paradoxo da utilização benéfica do desenvolvimento das ciências simultaneamente com o seu uso contra o próprio ser humano”, observando também que “os avanços da genética atribuem custo à civilização humana, especialmente no que se relaciona a práticas discriminatórias no recinto das relações de trabalho”⁴⁸⁰.

Na seara laboral, a questão que se impõe é a de saber até que ponto os incontáveis e impressionantes avanços alcançados pelo Projeto Genoma Humano, principalmente na área da saúde, beneficiarão ou prejudicarão o trabalhador e, conseqüentemente, interferirão nas relações de trabalho. Faz-se necessário, pois, ponderar os interesses em conflito: se, de um lado, o acesso aos dados genéticos dos trabalhadores por parte dos respectivos empregadores pode gerar uma discriminação indevida⁴⁸¹, por outro, não se pode olvidar que estes mesmos

⁴⁷⁸ SERRÃO, Daniel – Os desafios contemporâneos da Genética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 373.

⁴⁷⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 206.

⁴⁸⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 26 (Abr.-Mai.-Jun. 2011). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=516>.

⁴⁸¹ De um modo geral, a discriminação é uma conduta proibida, seja qual for a sua forma de exteriorização. Em relação à discriminação genética, não pode ser diferente, fazendo-se necessário ter em mente que a divulgação de dados genéticos afeta não somente o indivíduo, mas também seus familiares. Vale dizer, a informação concernente à eventual probabilidade de a pessoa futuramente desenvolver uma doença pode levar à discriminação dela e de

empregadores são obrigados a zelar pela saúde e pelo bem-estar de seus empregados, devendo, ainda, informá-los dos possíveis riscos que a atividade a ser desenvolvida oferece⁴⁸².

Rui Nunes esclarece que tem prevalecido a ideia de que, à luz do princípio da precaução, as informações relativas ao patrimônio genético dos indivíduos “devem estar sob a esfera protectora da dignidade humana, qualquer que seja o meio pelo qual esta informação venha a ser obtida”⁴⁸³. Da mesma forma, José de Oliveira Ascensão sustenta que o princípio da precaução, “proclamado em todos os sectores de risco”, aplica-se, no campo da biotecnologia, sempre que o ecossistema ou a saúde ou integridade humanas estejam em risco, devendo ser utilizado para evitar consequências irreparáveis⁴⁸⁴.

Por sua vez, para Antônio Bento Betioli, o Projeto Genoma Humano é cercado por algumas incertezas, relacionadas à ética, à legalidade e ao social, existindo cinco princípios básicos que alicerçam o “edifício ético consensual do PGH”, em constituição: autonomia, privacidade, justiça, igualdade e qualidade. De acordo com o princípio da autonomia, os testes genéticos deverão ser voluntários e as informações deles decorrentes, revestidas de absoluta pessoalidade. Já o princípio da privacidade significa que os resultados dos testes genéticos de determinado indivíduo não podem ser divulgados a terceiros sem o seu consentimento expresso. O princípio da justiça destina-se a proteger as pessoas consideradas mais vulneráveis, como as crianças e as pessoas com retardo mental ou outros problemas psiquiátricos e até mesmo culturais, de natureza especial. O princípio da igualdade impõe que o acesso aos testes deve ser oportunizado independentemente de origem geográfica, raça, etnia e classe socioeconômica. Por fim, o princípio da qualidade visa a assegurar que os testes genéticos sejam realizados em laboratórios dotados de capacidade técnica e com adequada monitoração profissional e ética.

Em trabalho que tem por objeto uma reflexão sobre a principal obra do filósofo alemão contemporâneo Hans Jonas⁴⁸⁵, José Luis Sepúlveda Ferriz sintetiza:

seus parentes. MORAES JUNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre convencimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 138.

⁴⁸² FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo – **Bioética da libertação e saúde do trabalhador – a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 21-23.

⁴⁸³ NUNES, Rui – Bases de dados genéticos – perspectiva ética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 301.

⁴⁸⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira – Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26.

⁴⁸⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

“O homem sempre se entendeu como sendo o ser por excelência do universo, portanto, todas as éticas existentes até agora tinham um caráter marcadamente ‘antropocêntrico’. Hans Jonas quer demonstrar que, com o avanço da tecnologia na era moderna, as premissas de uma ética antropocêntrica já não são mais válidas. Mudança de ações humanas implica mudança de ética. Ele apela para uma nova ética: a ética da responsabilidade, agir de tal maneira que os efeitos de nossas ações sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida humana sobre a terra. Somos intimados a gestar uma nova civilização planetária, a qual leve em consideração apenas um único e essencial princípio: a Vida”⁴⁸⁶.

Ainda, de acordo com o referido autor:

“Hans Jonas propõe como ‘guia de reflexão ética’ o próprio perigo que se prevê, possíveis desfechos no futuro, antecipação do impacto planetário, que podem ter consequências gravíssimas e de fato já se estão vendo tais consequências. Apenas sabemos o que está em jogo quando sabemos quem está em jogo. E o que está em jogo é o destino do homem, o conceito que possuímos dele, a sobrevivência física da Humanidade e do planeta, a integridade de sua essência. Tudo isto nos leva forçosamente a pensar no conceito de responsabilidade, elemento central desta nova ética”⁴⁸⁷.

Rodrigo Barchi, analisando a mesma obra de Hans Jonas, salienta:

“(…) Hans Jonas trata justamente da preocupação que envolve as possibilidades da continuidade da permanência da raça humana no planeta.

É a partir da previsão do perigo e do medo que Jonas trabalha, durante todo o livro, para montar o conceito de responsabilidade como o princípio básico de uma ética humana que tenha como principal meta a preservação do futuro, como cuidado direto do ser humano para com o ser humano (inclusive, falando singularmente, consigo próprio).

Que tem como imperativo o fato de que não podemos escolher a existência das novas gerações. A possibilidade de arriscar a própria vida, para Jonas, não dá o direito de os seres humanos contemporâneos arriscarem a continuidade da humanidade”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ FÉRRIZ, José Luis Sepúlveda - A responsabilidade como princípio para uma ética da relação entre ser humano e natureza. **VEREDAS FAVIP - Revista Eletrônica de Ciências** [Em linha]. Caruaru. Vol. 1, nº 2 (Jul.-Dez. 2008), p. 18. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em [http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%C3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA%20RELA%C3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA\(1\).pdf](http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%C3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA%20RELA%C3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA(1).pdf).

⁴⁸⁷ FÉRRIZ, José Luis Sepúlveda - A responsabilidade como princípio para uma ética da relação entre ser humano e natureza. **VEREDAS FAVIP - Revista Eletrônica de Ciências** [Em linha]. Caruaru. Vol. 1, nº 2 (Jul.-Dez. 2008), p. 18. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em [http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%C3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA%20RELA%C3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA\(1\).pdf](http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%C3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA%20RELA%C3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA(1).pdf).

⁴⁸⁸ BARCHI, Rodrigo - O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Revista de Estudos Universitários** [Em linha]. Sorocaba. Vol. 33, nº 2 (Dez. 2007), p. 169. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjUkO-jg8nZAWhBzVkJHYCeCnYQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.uniso.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffreu%2Farticle%2Fdownload%2F1500%2F1466%2F&usg=AOvVaw1KrgjLGH0LM5Wd8WTogMnB>.

Neste contexto, a partir de um extraordinário poder de transformação advindo de todo o progresso científico até então vivenciado, evidencia-se a ausência de normas reguladoras de ordenamento das ações humanas, cujo desajuste apenas poderá ser corrigido pela formulação de uma nova ética, que, além de responsabilidade, impõe: sabedoria, tanto na decisão como na ação; conhecimento, com aporte científico (a nova ética deverá ser uma “ética informada”); e uma nova classe de humildade, em virtude da magnitude do poder da técnica ao serviço do ser humano.

Mais uma vez, nas palavras de José Luis Sepúlveda Ferriz: “A responsabilidade é na ética. A articulação entre duas realidades, uma objetiva e outra subjetiva. Sujeito e ação. A ordem ética está presente não como realidade visível, mas como um apelo providente que pede calma, prudência e equilíbrio. A esta nova ordem Hans Jonas dá o nome de princípio da responsabilidade”⁴⁸⁹.

Urge, portanto, a construção de uma “ética da responsabilidade”, para que o Homem não se torne vítima da ampliação do seu próprio conhecimento. Por sua vez, cabe ao Direito, e com base nesta mesma ética, o cumprimento de sua função regulatória, imprimindo limites à aplicação prática de todo o progresso científico, já que os avanços da ciência são destituídos de fronteiras. Nesta perspectiva, Helena Pereira de Melo ressalta:

“E o discurso jurídico, ao regular as aplicações aos seres humanos dos progressos ocorridos nos domínios da biologia e da medicina, terá de encontrar o justo – e sempre provisório – meio entre aquilo que é involuntário e quase imutável na vida de cada um de nós (o que resulta da nossa constituição genética) e aquilo que resulta do nosso livre arbítrio. Fá-lo-á, quer proibindo as discriminações em sentido negativo contra uma pessoa em virtude do seu património genético, quer permitindo a existência de discriminações positivas quando a sua constituição genética a coloque numa situação de excepcional vulnerabilidade ou desvantagem. Ou, proibindo o recurso a testes preditivos de doenças genéticas com o objectivo de estigmatizar ou excluir do acesso a bens e serviços as pessoas que delas sejam portadoras. O discurso jurídico terá, pois, de contribuir para que cada ser humano, único e irrepetível também no que concerne ao seu genoma, seja respeitado na sua dignidade e nos direitos nela fundados, quaisquer que sejam as suas características genéticas”⁴⁹⁰.

Esta necessidade premente de instituição de balizamentos a serem delineados pela Ética e pelo Direito ganha bastante relevo no âmbito das relações jurídicas assimétricas, como

⁴⁸⁹ FÉRRIZ, José Luis Sepúlveda - A responsabilidade como princípio para uma ética da relação entre ser humano e natureza. **VEREDAS FAVIP - Revista Eletrônica de Ciências** [Em linha]. Caruaru. Vol. 1, nº 2 (Jul.-Dez. 2008), p. 18. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em [http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%3%89TICA%20DA%20RELA%3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA\(1\).pdf](http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDADE%20COMO%20PRINC%3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%3%89TICA%20DA%20RELA%3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUREZA(1).pdf).

⁴⁹⁰ MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 543.

as de trabalho, em razão da vulnerabilidade que caracteriza a pessoa do prestador de serviços, diante de sua hipossuficiência econômica, o que, inclusive, sempre justificou a natureza tutelar do Direito do Trabalho.

Partindo-se da premissa de que a pessoa humana não se resume ao seu patrimônio genético e de que ocupa uma incontestável centralidade na ordem jurídica democrática, o próximo capítulo abordará os efeitos dos avanços do conhecimento do genoma humano no âmbito das relações laborais, sempre com vistas a alcançar o objetivo final deste estudo, que é o de verificar se os empregadores têm o direito de exigir que o candidato a emprego ou o empregado se submetam a testes genéticos preditivos para efeitos de seleção ou de manutenção no emprego, à luz do direito fundamental ao trabalho, como relevante instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, a qual, como visto anteriormente, constitui um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

3. A ANÁLISE DO GENOMA HUMANO E AS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

3.1. O princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento nas relações de trabalho: a proibição à discriminação

A ideia de igualdade no Estado Democrático de Direito não se resume à isonomia formal, uma vez que, em uma sociedade que se pretende inclusiva, é fundamental construir e aplicar o Direito de modo a promover, no plano dos fatos, a igualdade real entre as pessoas, reduzindo os desníveis sociais e de poder existentes⁴⁹¹.

A igualdade tem como função reconhecer a todos a mesma dignidade e a mesma liberdade. Consiste, portanto, no “postulado básico de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença”⁴⁹². Nestes termos, o objetivo é atingir a denominada igualdade real, material ou substancial, em contraposição à igualdade meramente formal, ainda que se tenha que distinguir para igualar. É assegurar a todos a igualdade de oportunidades e de tratamento.

Para Guilherme Machado Dray, “o conceito material de igualdade significa, no essencial, que o princípio da igualdade deve atuar no sentido do tratamento diferenciado de situações concretas dissemelhantes, de forma a evitar o aprofundamento das desigualdades realmente existentes na sociedade”. Diante disto, vai enveredar pela unificação do princípio da igualdade, enquanto realidade aplicável, quer aos agentes de aplicação do Direito, quer ao próprio legislador, que passa a contemplar a existência de casos particulares⁴⁹³.

A igualdade material é um princípio programático, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita da edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, mas também de atos concretos por parte do Poder Público e da mudança de posicionamento de toda a sociedade para que seja realizada em sua plenitude.

Desta forma, a igualdade jurídica de tratamento deve se pautar nas desigualdades de fato para a promoção da igualdade em direitos. Na busca da preservação do direito à diferença

⁴⁹¹ SARMENTO, Daniel - **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 132-133.

⁴⁹² CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil: parte geral**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 145.

⁴⁹³ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 136.

e da eliminação de desigualdades injustificadas, em tese incompatíveis, surge espaço para a aplicação do princípio da não discriminação, que deve ser compreendido como extensão do próprio princípio da igualdade.

Assim sendo, mostra-se perfeitamente aplicável o tratamento desigual diante da diversidade, na proporção desta desigualdade, como única forma possível de se alcançar a igualdade de oportunidades e direitos. Surge sob esta ótica o fundamento para as ações afirmativas e o conceito de discriminação positiva⁴⁹⁴ ou de discriminação inversa.

Para Ivair Augusto Alves dos Santos:

“As ações afirmativas consistem num conjunto de medidas legais, modo de vida e políticas sociais que pretendem aliviar os tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais. Um esforço voluntário ou obrigatório, imposto pelo governo federal, estadual e municipal; instituições públicas e privadas, escolas para combater a discriminação e para promover a igualdade de oportunidades na educação e no acesso ao emprego”⁴⁹⁵.

Podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁴⁹⁶.

Trata-se de forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos sociais vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre os indivíduos⁴⁹⁷.

As ações afirmativas consistem em um conjunto de mecanismos e políticas de integração social, visando à concretização da igualdade material. São conceituadas como medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente

⁴⁹⁴ Em Portugal, de acordo com o artigo 3º, “d”, da Lei nº 46/2006, entende-se por “discriminação positiva medidas destinadas a garantir às pessoas com deficiência o exercício ou o gozo, em condições de igualdade, dos seus direitos”.

⁴⁹⁵ SANTOS, Ivair Augusto Alves dos - **Discriminação: uma questão de direitos humanos**. Brasília. Programa Nacional de Direitos Humanos, 1998. p. 35.

⁴⁹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa – **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 22.

⁴⁹⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012. p. 64-65.

discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional.

Traduzem-se, na prática, em condutas, medidas e/ou condições para que as pessoas e grupos discriminados (“grupos vulneráveis”) possam integrar-se à coletividade, assegurando a igualdade de oportunidades e de tratamento.

Por sua vez, Jorge Leite ressalta que o princípio da igualdade não veda “todas as diferenciações de tratamento, mas apenas as que careçam de motivo suficiente na proporção da respectiva diferença”. Segundo o autor, o que o referido princípio proíbe é a arbitrariedade, a qual implica as “diferenciações ou as indiferenciações não justificadas ou insuficientemente justificadas”⁴⁹⁸.

Roberto Camilo Leles Viana explica que, embora possuam conteúdos próximos e complementares, existe uma distinção entre os princípios da igualdade e da não discriminação: enquanto o primeiro se revela “amplo e geral, e busca impedir que os indivíduos recebam tratamento injusto por sua condição igual ou diferente”, o segundo “atua na irrelevância das diferenças, que se tornam injustificáveis para um tratamento distinto”⁴⁹⁹.

A palavra “discriminar”, proveniente do latim *discriminare*, significa diferenciar, distinguir, discernir, estabelecer diferença⁵⁰⁰. Discriminação é proceder à separação de coisas ou de pessoas, distinguindo-as uma das outras, para que sejam consideradas de acordo com esta divisão⁵⁰¹.

No âmbito jurídico, discriminação é “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”⁵⁰². Assim, do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção.

Em matéria de trabalho, a discriminação deve ser entendida como negar ao trabalhador a igualdade de oportunidades no tocante à aquisição ou à manutenção do emprego, pela criação

⁴⁹⁸ LEITE, Jorge. Princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. In PENIDO, Laís de Oliveira, coord. – **A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. p. 19.

⁴⁹⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 78.

⁵⁰⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 686.

⁵⁰¹ VILLELA, Fabio Goulart – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 52.

⁵⁰² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 884.

de desigualdades injustificadas entre as pessoas. Neste aspecto, pode ser uma ação ou omissão que tem por objetivo restringir direitos de pessoas ou grupos, desfavorecendo-os⁵⁰³.

Um campo fértil para a prática de condutas discriminatórias é o ambiente em que aquele que discrimina (sujeito ativo) pode, de alguma forma, sujeitar aquele que é discriminado (sujeito passivo)⁵⁰⁴. É o que ocorre na relação de emprego, caracterizada pela hipossuficiência econômica do empregado e pela necessidade de manutenção do trabalho.

Pode-se afirmar que a discriminação é a exteriorização do preconceito. É um fenômeno intergrupar, dirigido a pessoas ou grupos de pessoas, implicando uma predisposição negativa. Na psicologia social, o preconceito é visto como uma atitude negativa, aprendida, dirigida a um grupo determinado. Ele não é inato, mas condicionado, embora alguns traços de personalidade possam contribuir para que alguém incorpore preconceitos mais facilmente.

O preconceito consiste em julgar ou conceituar alguém mediante uma generalização, uma banalização ou uma mistificação. Apesar de encerrar uma atitude negativa, não produz, contudo, efeitos para o Direito. Isso porque, embora condenável, não atenta contra direitos subjetivos, salvo quando se exterioriza, em forma de discriminação⁵⁰⁵.

Faz-se necessário, ainda, estabelecer as diferenças entre as expressões preconceito, discriminação, estereótipo e estigma. Preconceito é uma atitude negativa, direcionada a um determinado grupo. Discriminação é a forma ativa de preconceito, a sua exteriorização. O preconceito não produz efeitos para o Direito, enquanto não discrimina. Estigma é uma avaliação negativa que se faz de uma característica real, enquanto que estereótipo seria uma característica, falsa ou verdadeira, que se imputa a alguém pelo simples fato de pertencer a determinado grupo⁵⁰⁶.

A propósito, Natalia Zarife observa que a discriminação contém a ideia de separação, distinção, ao passo que o preconceito se relaciona a uma preconcepção, um conceito formado

⁵⁰³ “Pretende-se garantir a igualdade de tratamento, não discriminando os trabalhadores no acesso ao emprego e na relação de trabalho. A igualdade e a não discriminação relacionam-se não só na execução do contrato de trabalho (‘no trabalho’), como na seleção de candidatos à celebração de um contrato de trabalho (‘no acesso ao emprego’). A proibição de discriminação implica, como conteúdo natural, a proibição de tratamento diverso entre dois casos idênticos, pressupondo sempre e necessariamente um juízo de comparação”. MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 375.

⁵⁰⁴ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Direitos humanos, cidadania, trabalho**. Belém: Supercorres, 2004. p. 14-15.

⁵⁰⁵ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de – **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 40.

⁵⁰⁶ VILLELA, Fabio Goulart – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 54.

de maneira antecipada, manifestando-se de uma maneira discriminatória. A discriminação “é uma consequência de ideias ou conceitos formados antecipadamente, sem fundamento”⁵⁰⁷.

São vítimas de discriminação os integrantes dos grupos sociais vulneráveis que, em razão de especificidades, sofrem um tratamento desigual e injustificado (discriminatório), de forma a afetar sensivelmente as oportunidades de acesso e de manutenção no mercado de trabalho.

Conforme Mauricio Godinho Delgado, a causa de discriminação reside, muitas das vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos⁵⁰⁸. Ou, ainda, como afirma Ronald Dworkin, do fato de ser “membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”⁵⁰⁹.

A definição de discriminação no trabalho pode ser extraída da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958⁵¹⁰, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação:

“Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego”.

Verifica-se, portanto, que qualquer distinção, exclusão ou preferência, fundada em critério odioso ou classificação suspeita, que inviabilize ou mesmo dificulte a igualdade de

⁵⁰⁷ ZARIFE, Natalia – Medidas de adaptação razoáveis como forma de prevenção de dispensa discriminatória – análise jurisprudencial. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 143.

⁵⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 884-885.

⁵⁰⁹ DWORKIN, Ronald – **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 450.

⁵¹⁰ Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60 [Em linha]. [Consult. 9 Jan. 2018]. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/472>.

oportunidades de acesso e de manutenção no mercado de trabalho configura-se como conduta discriminatória, ressalvadas aquelas exigências relacionadas às qualificações inerentes às atividades laborais a serem exercidas.

Como pondera Daniele Lucy Lopes de Sehli, a discriminação constitui o aspecto negativo do princípio da igualdade, pois “assume uma ideia proibitiva, no que tange à diferenciação de fatos típicos iguais, desde que não exista uma razão lógica para esse tratamento desigual”⁵¹¹.

Maria do Rosário Palma Ramalho salienta que a regra geral é a da qualificação como discriminatória e, conseqüentemente, da proibição de toda a conduta do empregador que privilegie, beneficie, prejudique, prive de qualquer direito ou isente de qualquer dever um trabalhador ou candidato a emprego, em razão da ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, doença crônica, nacionalidade, raça ou origem étnica, religião, convicções políticas ou religiosas, filiação sindical, território de origem, língua, grau de instrução, situação econômica e condição social⁵¹².

Pode-se, ainda, classificar a discriminação em três espécies: direta, indireta e oculta. Neste sentido, Alice Monteiro de Barros:

“A discriminação manifesta-se de forma direta, indireta e oculta em vários segmentos da sociedade, inclusive no trabalho. A primeira é conceituada como o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundados em razões proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. Já a discriminação oculta, prevista no direito francês, se funda em motivo proibido, mas não confessado. Ela pressupõe a intenção de discriminar, traço que a distingue da discriminação indireta, em que está ausente tal intenção. A discriminação oculta vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado, daí sua intenção de discriminar”⁵¹³.

Configura-se a discriminação direta quando da adoção de disposições gerais que estabelecem distinções fundamentadas em critérios proibidos. Trata-se de ato por meio do qual se atribui ao trabalhador um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas, que se enquadrem como critério odioso ou de classificação suspeita.

⁵¹¹ SEHLI, Daniele Lucy Lopes de – A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DELLEGRAVE NETO, José Afonso; COUTINHO, Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo, coord. - **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000. p. 97.

⁵¹² RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 176.

⁵¹³ BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.132.

É a espécie de mais fácil percepção e se dá por meio de um ato positivo do empregador, que se coloca de forma clara e funda-se em critérios não permitidos na legislação. Ocorre quando o empregador adota medidas ou políticas de gerenciamento em cujas finalidades se identificam atitudes discriminatórias contra uma pessoa em particular ou mesmo um grupo de indivíduos. “A discriminação direta, ou intencional, é explícita, consciente, e pode, é claro, ocorrer em todos os setores da sociedade”⁵¹⁴. O ato é explícito porque plenamente verificado a partir da análise de seu conteúdo.

De acordo com a Diretiva nº 2000/43 do Conselho da Comunidade Europeia, de 29 de junho de 2000⁵¹⁵, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, considera-se que existe discriminação direta “sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (artigo 2º, “a”). Do mesmo modo, no ordenamento português, segundo a dicção do artigo 3º, “a”, da Lei nº 46/2006⁵¹⁶, entende-se por “discriminação directa a que ocorre sempre que uma pessoa com deficiência seja objecto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável”.

Por sua vez, a discriminação indireta ocorre quando da adoção de disposições gerais aparentemente neutras, mas que, na realidade, criam desigualdades em relação a pessoas pertencentes a determinado grupo. Traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre grupos específicos. Pode ser imperceptível inclusive às pessoas que estão sendo discriminadas. Também advém de um ato positivo do empregador, aparentemente neutro, mas que, por via oblíqua, tem efeitos proibidos, discriminatórios e prejudiciais ao trabalhador ou a uma determinada coletividade de trabalhadores. Tem-se, assim, que o ato ilícito é acobertado pelo manto da legalidade; porém, na realidade, descumpra os direitos fundamentais do empregado. Dessa forma, torna-se mais difícil sua identificação e punição. Apresenta-se com uma aparência de igualdade, mas na realidade consubstancia-se em uma situação de desigualdade.

⁵¹⁴ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da – **O trabalho da pessoa com deficiência – lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006. p. 159.

⁵¹⁵ DIRECTIVA nº 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000 [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0043>.

⁵¹⁶ LEI nº 46/2006, de 28 de Agosto [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2017]. Disponível em http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm.

Segundo a supracitada Diretiva nº 2000/43 do Conselho da Comunidade Europeia, ocorre discriminação indireta “sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários” (artigo 2º, “b”). Neste mesmo sentido, em Portugal, conforme a disposição contida no artigo 3º, “b”, da Lei nº 46/2006, entende-se por “discriminação indirecta a que ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar pessoas com deficiência numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”.

O Código do Trabalho de Portugal, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro, também traz, em seu texto, as definições de discriminação direta e indireta, *in verbis*:

“Artigo 23º
Conceitos em matéria de igualdade e não discriminação

1 – Para efeitos do presente Código, considera-se:

- a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável;
- b) Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”⁵¹⁷.

Por fim, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, funda-se em motivo proibido, mas não confessado. O traço distintivo entre a discriminação indireta e a oculta seria a intenção de discriminar existente nesta última, o que estaria ausente na primeira. Na oculta, o ato discriminatório reveste-se de má-fé, porém se dá de forma velada, não declarada e de difícil identificação, sendo disfarçado pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando a real intenção discriminatória. O motivo proibido e não confessado é efetivamente o determinante, embora disfarçado sob a capa de uma outra causa.

⁵¹⁷ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 33.

Ao abordar as três formas de discriminação acima apontadas, Natalia Zarife salienta, na mesma linha, que a discriminação direta é aquela visível e reprovável de imediato e ocorre sempre que um indivíduo seja tratado de forma menos favorável em relação a outro que se encontre em situação passível de comparação. Já a discriminação indireta refere-se à prática de atos que, embora neutros em sua aparência, produzem efeitos diferentes sobre determinados grupos, ou seja, consiste na realização de um ato ou na adoção de determinado critério que se mostra neutro em um primeiro momento, mas que na realidade coloca o indivíduo em posição de desvantagem em relação a outro, de forma discriminatória. Finalmente, a discriminação oculta, seria aquela disfarçada por meio da realização de atos aparentemente neutros, mas ilícitos⁵¹⁸.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho, deve-se ainda ter em conta que as situações de discriminação na contratação laboral podem ter uma dimensão individualista ou sistêmica:

“Na discriminação individualizada está em causa a preterição de um candidato a um emprego em relação a outro, quando ambos estejam em igualdade de circunstâncias e fundando-se tal preterição num concreto factor discriminatório. Na discriminação sistémica está em causa determinado sector de actividade ou categoria profissional, no qual a percentagem de trabalhadores de determinado grupo ou categoria é muito mais elevada do que a de outros trabalhadores, ficando tal desequilíbrio a dever-se a um factor de discriminação na contratação, como os critérios de selecção mais valorizados, desde que tais critérios não correspondam a uma razão objectiva (assim, por exemplo, as profissões muito masculinizadas ou muito feminizadas, porque, no primeiro caso, se valoriza mais o factor da força física e, no segundo caso, se valoriza mais o factor da atenção ao detalhe, sem que qualquer destes factores seja justificável objectivamente no caso concreto)”⁵¹⁹.

A discriminação, tradicionalmente, implica a possibilidade de que o trabalhador não seja admitido, seja dispensado ou até mesmo encontre dificuldades de recolocação no mercado de trabalho⁵²⁰. Desta forma, a proteção do trabalhador e dos seus direitos de cidadania faz-se também através da proscrição de comportamentos discriminatórios, atentatórios da respectiva

⁵¹⁸ ZARIFE, Natalia – Medidas de adaptação razoáveis como forma de prevenção de dispensa discriminatória – análise jurisprudencial. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 145-146.

⁵¹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 179-180.

⁵²⁰ “O princípio de igualdade tem relevo especial nas organizações humanas, sendo por isso mesmo especialmente importante no domínio das relações de trabalho que se desenvolvem no seio da organização empresarial. Contudo, não se deve deixar de pôr em relevo que a igualdade é adversativa muitas vezes relativamente à liberdade de empresa e à autonomia de vontade. O Direito do trabalho tem historicamente travado uma difícil luta contra a discriminação injusta, e contra a utilização nas empresas de critérios incongruentes de classificação, promoção, remuneração e selecção para despedimento”. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 484.

dignidade pessoal. E faz-se, quer na execução do contrato de trabalho, quer quando da sua formação, conforme explicita Guilherme Machado Dray:

“De facto, se a prática discriminatória pode ocorrer na pendência do contrato de trabalho já em execução, ela pode também, com muito maior intensidade, fazer-se sentir no processo de formação do contrato de trabalho, por razões óbvias: por um lado, porque durante o processo de formação do contrato o desequilíbrio entre as partes é maior, atenta a posição de maior fragilidade do candidato a emprego, que ambiciona obter um emprego e negocia com quem lhe pode proporcionar tal possibilidade; por outro lado, atento o tendencial vazio legal no que diz respeito a normas juslaborais suscetíveis de proteger o candidato a emprego, que ainda não assumiu o estatuto de trabalhador subordinado – o ‘ordenamento laboral’, por natureza, encontra-se habilitado a regular a situação jurídico-laboral, que se inicia e que assenta no contrato de trabalho. Antes de celebrado o contrato de trabalho, durante o processo de formação negocial, não existe ainda situação jurídico-laboral e as normas de proteção típicas do Direito do trabalho, de um modo geral, ainda não se fazem sentir”⁵²¹.

Com o progresso proporcionado pela tecnologia, mormente no campo da genética, surge a possibilidade de uma nova forma de discriminação, qual seja, a discriminação genética⁵²². Sobre o tema, Estêvão Mallet destaca que a discriminação genética decorre dos avanços científicos, que permitem, “a partir de exame de DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças”⁵²³. A partir destes dados, podem-se criar óbices à admissão para uma vaga de trabalho, por exemplo.

Para Júlio Gomes, a discriminação genética pode ser equiparada a outras formas de discriminação, como a racial ou a sexual, porque a pessoa não possui controle “sobre os aspectos da sua composição genética, a qual faz parte, por assim dizer, do seu ‘destino’ segundo a ‘loteria genética’ ou da sua personalidade”⁵²⁴. Nesta mesma direção, João Nuno Zenha Martins adverte que a pessoa que seja portadora de genes que lhe acarretem uma predisposição ao desenvolvimento de uma determinada doença poderá ser considerada um ser humano fora dos padrões de normalidade, “sem que haja qualquer fundamentação plausível para tal rotulagem e sem que apresente qualquer *captis diminutio* para o exercício da função laboral a que se candidata”, havendo, desta forma, “um cortejo de pessoas inferiores”⁵²⁵.

⁵²¹ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 556.

⁵²² MORAES JUNIOR, Ariel Salete de. **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 79.

⁵²³ MALLET, Estêvão – Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo. Vol. 76, nº 3, 2010, p. 31.

⁵²⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira – **Direito do trabalho. Relações individuais de trabalho**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 347.

⁵²⁵ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 21.

Centrando-se exclusivamente na discriminação genética, é correto afirmar, conforme visto no capítulo antecedente, que diversos diplomas normativos proíbem que o indivíduo seja discriminado em função de seu patrimônio genético.

Assim, a Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética⁵²⁶, aprovada pelo Parlamento Europeu, em 16 de março de 1989, salienta que o afastamento de trabalhadores de saúde mais delicada não poderá, em caso algum, constituir alternativa ao melhoramento do ambiente no local de trabalho (nº 13). Também reclama a proibição de modo juridicamente compulsivo da seleção de trabalhadores com base em critérios genéticos (nº 14). Solicita, ainda, que os exames genéticos de trabalhadores, no âmbito da medicina do trabalho, não sejam permitidos antes da sua contratação, só possam ser efetuados em caráter voluntário, estejam relacionados com o estado de saúde atual e com os eventuais riscos para a saúde decorrentes da colocação em determinado local de trabalho e sejam realizados por médica ou médico da sua escolha, mas não pelo médico da empresa; apenas os interessados terão acesso aos resultados destes exames e apenas eles poderão comunicá-los, eventualmente, a outrem; e que as violações do direito de inquirição sejam punidas penalmente (nº 16).

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁵²⁷, aprovada pelo Conselho Europeu em 4 de abril de 1997, em seu artigo 11º, proíbe toda a forma de discriminação⁵²⁸ contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético. No tocante aos testes genéticos (artigo 12º), afirma que não se poderá proceder a testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma suscetibilidade genética a uma enfermidade, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.

⁵²⁶ PROBLEMAS Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética e da Fecundação Artificial Humana. Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990.

⁵²⁷ CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Série de Tratados Europeus/164 [Em linha]. [Consult. 15 Dez. 2017]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>. Adotada e aberta à assinatura em Oviedo, a 4 de Abril de 1997. Entrada em vigor na ordem internacional em 1º de dezembro de 1999.

⁵²⁸ A expressão “discriminação” deve ser compreendida como a discriminação injustificada, ou seja, qualquer distinção, exclusão ou preferência fundada em critério odioso ou classificação suspeita, não alcançando as medidas de discriminação positiva ou inversa, concretizadas em ações afirmativas, com vistas a assegurar a igualdade de oportunidades em favor das pessoas desfavorecidas em face do seu patrimônio genético.

Por sua vez, o artigo 6º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 1997, dispõe que nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise a violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana⁵²⁹.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 2000, em seu artigo 3º, proíbe as práticas eugênicas, nomeadamente as que tenham por finalidade a seleção de pessoas. No artigo 20º, assegura a igualdade de todos perante a lei e, no artigo 21º, veda a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual⁵³⁰.

Do mesmo modo, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 2003, estabelece, em seu artigo 7º, que os Estados deverão envidar esforços para impedir que os dados genéticos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana, ou, ainda, para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades⁵³¹.

Também o art. 11º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, prevê que 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 estigmatização⁵³².

No Brasil, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição enuncia como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por sua vez, o artigo 5º, *caput*, do

⁵²⁹ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: Da Teoria à Prática. Trad. Regina Coeli [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2001. [Consult. 17 Set. 2017]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

⁵³⁰ PAIS, Sofia Oliveira – **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 294 e 297-298.

⁵³¹ DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 6 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.

⁵³² DECLARAÇÃO Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal [Em linha]. Paris: UNESCO, 2006. [Consult. 6 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

texto constitucional assegura a igualdade de todos 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. Em seu inciso XLI, dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. No âmbito das relações de trabalho, o artigo 7º estabelece a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (inciso XXXI); e a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII)⁵³³.

No plano infraconstitucional, o artigo 1º da Lei nº 9.029/95 prevê ser proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal⁵³⁴.

Embora inexista norma que se refira expressamente à questão genômica, resta claro ser proibida qualquer forma de discriminação, incluindo a de origem genética. Isso porque a disposição contida no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República de 1988 traz uma norma de moldura aberta ou vaga. Trata-se de comando cujo conteúdo não está previamente estabelecido, sendo atribuição do intérprete preenchê-lo quando da análise do caso concreto⁵³⁵.

Manoel Jorge e Silva Neto, ao se reportar à necessidade de alteração da legislação ordinária como modo de garantir maior intensidade protetiva aos direitos fundamentais, reconhece a existência de “descompasso entre a realidade física e a regulamentação normativa”, o que resulta no “aparecimento de lacunas cuja colmatação deva ser operada com o imprescindível recurso aos princípios constitucionais”⁵³⁶.

⁵³³ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

⁵³⁴ LEI nº 9.029/95, de 13 de Abril [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM.

⁵³⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 100.

⁵³⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 26 (Abr.-Mai.-Jun. 2011). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=516>.

Em Portugal, a Constituição da República, no artigo 13º, nº 1, prevê que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei⁵³⁷.

O artigo 24º, nº 1, do Código do Trabalho enuncia o direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, dispondo que o trabalhador ou candidato a emprego tem direito à 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 filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos. Registre-se que este direito respeita, designadamente, a critérios de seleção e a condições de contratação, em qualquer setor de atividade e a todos os níveis hierárquicos e a retribuição e outras prestações patrimoniais, promoção e critérios para seleção de trabalhadores a despedir (artigo 24º, nº 2, *a e c*)⁵³⁸.

No que diz respeito a testes e exames médicos, o artigo 19º, nº 1, do Código do Trabalho dispõe que, 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 respectiva fundamentação. O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade (artigo 19º, nº 3)⁵³⁹.

Por outro lado, o artigo 11º da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, enuncia o princípio da não discriminação, proclamando: que ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético; que ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, em função dos resultados de um teste

⁵³⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 29.

⁵³⁸ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 33.

⁵³⁹ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31-32.

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 adoção, no que respeita quer aos adotantes quer aos adotados; e que ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, nomeadamente no seu direito a seguimento médico e psicossocial e a aconselhamento genético, por se recusar a efetuar um teste genético⁵⁴⁰.

Cumpra ainda destacar, quanto à realização de testes genéticos no emprego, que o artigo 13º do referido diploma legal português dispõe que: a contratação de novos trabalhadores não pode depender de seleção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos (nº 1); 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 (nº 2); nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou suscetibilidade, ou afetar 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 proteção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efetuado 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 (nº 3); que as situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma exceção ao anteriormente estipulado, observando-se no entanto a restrição imposta no número seguinte (nº 4); nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador, devem ser selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador (nº 5); e os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse direto de entidades patronais são por estas suportados (nº 6)⁵⁴¹.

Segundo Paula do Couto Quintas, este preceito é de máxima importância para resolução dos casos em que certos grupos de indivíduos são mais vulneráveis a determinadas doenças. “Como ainda pela exigência de certos tipos de desempenho, invoca-se a proteção a nível de segurança no trabalho de certo tipo de trabalhadores, como sendo pilotos de avião,

⁵⁴⁰ LEI nº 12/2015. **Diário da República I Série-A**. Nº 18 (26-01-05), p. 608-609.

⁵⁴¹ LEI nº 12/2015. **Diário da República I Série-A**. Nº 18 (26-01-05), p. 609.

controladores aéreos, forças policiais, funções em que a possibilidade de se verificar a ocorrência de certas doenças excluiria os menos aptos”. Afirmar também que a norma resolutiva desta questão enquadra o princípio da beneficência do trabalhador, a proteção de sua saúde, bem como a sua segurança e a dos respectivos colegas de trabalho⁵⁴².

Da análise do arcabouço jurídico acima especificado, infere-se a vedação a qualquer tipo de discriminação que tenha por fundamento o patrimônio genético do trabalhador, de forma a destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego ou profissão, acarretando um determinismo social negativo.

Neste sentido, Stela Barbas leciona:

“O acesso ao trabalho constitui um interesse público primordial. Para a maior parte das pessoas é a única fonte de subsistência. Discriminação por razões de simples disposições acarreta um determinismo social negativo. A primeira decorrência seria a criação de grupos de indivíduos discriminados, estigmatizados, impossibilitados de aceder ao mercado de trabalho.

Todo aquele que por um critério mais ou menos arbitrário fosse considerado inapto teria como hipótese derradeira tentar encontrar outra profissão. Aquela que sempre desejou estava, à partida, vedada. Nunca teria permissão, autorização para entrar. Ou seja, mesmo em sociedades que se proclamam livres, democráticas, o ser humano seria prisioneiro do seu próprio genoma”⁵⁴³.

De fato, negar o acesso ao trabalho, ou mesmo a sua manutenção, a um indivíduo em razão de simples predisposições para doenças configura-se despropositado e arbitrário, uma vez que a detecção de um gene reconhecidamente associado a uma enfermidade não assegura que esta, no futuro, se manifestará. Por seu turno, a heterogeneidade genética possibilita que o próprio traço em questão possa se revelar de maneira distinta em relação a cada pessoa, independentemente da influência ambiental.

A utilização dos testes genéticos, em sede de contratação laboral ou de execução do contrato de trabalho, pode reduzir o trabalhador ou candidato a emprego à sua dimensão genética, com todas as discriminações inerentes. Indivíduos que apresentem propensão a desenvolver uma doença que possa vir a atrapalhar seu desempenho na execução laboral serão descartados e rotulados como incapazes. A primeira decorrência é a criação de grupos de pessoas discriminadas, estigmatizadas, impossibilitadas de aceder ao mercado de trabalho⁵⁴⁴.

⁵⁴² QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 327.

⁵⁴³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 598.

⁵⁴⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 94.

Existe, portanto, o perigo de que o conhecimento preditivo leve “à transformação de um ‘risco genético’ na própria doença, alterando perigosamente os conceitos de ‘normal’ e de ‘patológico’ (...), com suas consequências indesejáveis de toda ordem, especialmente sociais”⁵⁴⁵.

Roberto Camilo Leles Viana acrescenta que certas doenças genéticas estão fortemente associadas a determinados grupos humanos e as análises genéticas são uma forma indireta de discriminação de grupos ou minorias étnicas mais susceptíveis a contrair determinadas doenças. Por isso, sustenta que os testes genéticos não devem ser usados nas decisões de contratação, porque possuem a forte tendência de impactar de maneira diferente certos grupos étnicos. “A predisposição genética ou ambientalmente induzida de uma pessoa à doença ocupacional, que não afeta a capacidade presente para executar o trabalho, não deve ser autorizada a resultar automaticamente em uma decisão adversa quanto ao acesso ao emprego”. Afirmar, ainda, que a permissão da utilização dos testes genéticos em sede laboral fará com que as empresas deixem de contratar candidatos que apresentem resultado positivo para a manifestação de uma doença futura e selecionem apenas aqueles que, de acordo com as suas características hereditárias, apresentem-se mais aptos àquele trabalho. Salienta, por fim, que as práticas discriminatórias em função das características genéticas já acontecem e tendem a se expandir. “O interesse na despistagem genética cresce no meio empresarial e o acesso a tal recurso se torna cada dia mais fácil com a queda nos custos de realização dos testes genéticos. A aplicação maciça dos exames genéticos pode levar à criação de grupos de ‘desempregados genéticos’, pessoas que ficarão à porta do mercado de trabalho. Tudo isso sem fundamentação racional, pois a presença de um gene para determinada doença não significa sua manifestação”⁵⁴⁶.

Ressalte-se, porém, que havendo fundamento razoável para o estabelecimento de distinções no âmbito da contratação laboral, estas não se mostram jurídico-constitucionalmente censuráveis. É necessário que haja uma base efetiva de justificação, assente em uma razão necessária ou suficiente⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F.; OSELKA, Gabriel – A bioética no século XXI. In GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F., coord. - **A Bioética no Século XXI**. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 18.

⁵⁴⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 95-96.

⁵⁴⁷ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 35.

Desse modo, não constituem práticas discriminatórias as exigências que tenham por base a natureza da relação de trabalho que se visa formar e o tipo de atividade laboral que ela venha a exigir, independentemente de qualquer estereótipo social⁵⁴⁸. Assim, “não devem ser qualificados como discriminatórios os comportamentos distintivos que se justifiquem à luz da relação laboral que se visa constituir e das exigências da sua execução, sempre que o fator distintivo se revele justificável e determinante para a execução do contrato de trabalho”⁵⁴⁹.

Manoel Jorge e Silva Neto defende que, em regra, pode-se considerar ilegítima a discriminação genética “quando não consentida por fato da vida” ou, no que tange especificamente à seara laboral, quando o empregador se valer das informações genéticas do trabalhador de modo a recusar-lhe promoção ou mesmo a contratação. Ressalta, entretanto, que, em virtude da realidade dinâmica das relações laborais, algumas situações autorizam a utilização dos dados genéticos do trabalhador, não caracterizando, portanto, uma discriminação genética ilegítima⁵⁵⁰. Adverte, outrossim, que, uma vez configurada a prática de discriminação ilegítima por parte do empregador, cabe ao trabalhador buscar a reparação por possíveis danos sofridos, individualmente ou de forma coletiva, seja porque o uso indevido de informações genéticas ofende diretamente a sua autodeterminação informacional, que é direito fundamental e indisponível, seja porque o ato praticado pelo empregador pode afetar todos os trabalhadores do estabelecimento empresarial⁵⁵¹.

Assim, a discriminação genética, como exteriorização de um preconceito, traduz-se em uma distinção infundada ou desarrazoada, não relacionada a qualquer exigência decorrente

⁵⁴⁸ LEITÃO, Luís Menezes – **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 174-175.

⁵⁴⁹ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 574. Segundo o autor, para além das profissões legalmente vedadas ou condicionadas a determinadas categorias de trabalhadores, pela especial dureza das respectivas condições de trabalho, pelo esforço físico que envolvem, pelo grau de periculosidade que lhes é inerente ou pelos riscos que envolvem para a função genética, designadamente as atividades laborais exercidas em paíóis, caldeiras, minas, carvoarias, siderurgia, indústria de extração de carvão, do ferro ou do aço, ou as atividades de pesca a bordo de longo curso, de transportes de longa duração, em forças policiais especializadas no combate ao terrorismo e outros trabalhos que exijam a utilização e manipulação frequente e regular de substâncias tóxicas, é perfeitamente admissível condicionar o exercício de determinadas profissões a certas características físicas dos trabalhadores candidatos, atenta à natureza da tarefa a desempenhar.

⁵⁵⁰ Segundo o autor, é o caso, por exemplo, da detecção da possibilidade de o obreiro vir a desenvolver leucopenia, doença que ocasiona a redução de leucócitos no sangue. Assim, se determinada empresa utiliza o benzeno em sua cadeia produtiva – substância sabidamente relacionada à redução de glóbulos brancos no sangue –, seria legítima uma atuação voltada a afastar o empregado do contato com o referido agente químico, inclusive com a possibilidade de transferência para outra unidade empresarial, de maneira a proteger a sua saúde.

⁵⁵¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. Nº 26 (Abr.-Mai.-Jun. 2011). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=516>.

da natureza do trabalho a ser prestado e que não se justifique em face da existência de grave risco a direitos fundamentais do próprio trabalhador ou mesmo de terceiros, como aqueles inerentes à vida, à saúde, à integridade física e à segurança. Quando evidenciada na seara laboral, atenta contra a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego ou profissão. E assegurar o direito ao trabalho é dar dignidade ao ser humano. É possibilitar o acesso do cidadão a instrumento indispensável à sua subsistência e à própria construção de sua identidade pessoal.

Por seu turno, além da questão afeta à possibilidade de configuração da discriminação genética, a realização de testes genéticos preditivos no campo das relações laborais também põe em xeque um outro direito da personalidade: o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador, tema que será objeto de análise a seguir.

3.2. O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador

O Direito, em sua estrutura e dinâmica operacional, corresponde a um sistema, integrado por partes diferenciadas, mas que tem de se ajustar, lógica e concretamente. Na qualidade de sistema, não há no Direito antinomias inconciliáveis, que façam a ordem jurídica perder a organicidade, coerência e força normativa. Nesse quadro, aparentes antinomias têm que se resolver de imediato, de maneira a assegurar a manutenção do caráter sistêmico e coerente do fenômeno jurídico. Esta solução faz-se por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram a tutela aos direitos da personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro⁵⁵².

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar constitui uma das principais espécies. A tutela dirige-se contra as intromissões ilegítimas. Não se discute que o empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. Inadmissível, contudo, é que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder de comando que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade da vida privada e familiar no âmbito das relações de trabalho,

⁵⁵² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 711.

pois, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado⁵⁵³.

O contrato de trabalho não poderá constituir um “título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais” assegurados ao trabalhador como cidadão. Os direitos fundamentais não deverão ser afetados quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, que sejam modulados na medida do imprescindível e do correto desenvolvimento da atividade produtiva⁵⁵⁴.

Frise-se, ainda, por oportuno, que a tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, como direito inerente à pessoa do prestador de serviços, não se esgota na figura do empregado, alcançando todo o sujeito trabalhador, incluindo aquele que se apresenta como postulante a um posto de trabalho (candidato a emprego). Isto porque, embora não esteja inserido na organização empresarial, sofre os mesmos influxos decorrentes de sua condição de vulnerabilidade diante da livre iniciativa patronal. Em resumo, todo o candidato a emprego é um trabalhador em potencial, estando albergado pelo mesmo sistema de proteção do trabalho digno.

Contudo, conforme adverte Pedro Romano Martinez, “a reserva da intimidade da vida privada não é monovinculante, mas bilateral, no sentido em que não está em causa apenas a tutela dos direitos da personalidade do trabalhador, mas também (e com idêntico grau de proteção) a defesa dos direitos da personalidade do empregador”. Logo, não se pretende uma proteção incondicional do trabalhador, pois visa-se unicamente garantir um justo equilíbrio entre a tutela da esfera jurídica do trabalhador e o princípio da liberdade de gestão empresarial⁵⁵⁵.

Por sua vez, o regime dos direitos da personalidade do trabalhador não é autônomo e independente da tutela constitucional e civil dos direitos da personalidade em geral, sendo, por isso, necessária uma abordagem prévia deste sistema mais amplo de proteção, a fim de que se possa compreender com melhor exatidão a sua aplicação na seara laboral.

Considerando que os direitos da personalidade são ínsitos à própria condição humana, como projeções de sua dignidade, o ponto de partida deve ser a própria pessoa, assim como as definições de capacidade e de personalidade.

⁵⁵³ BARROS, Alice Monteiro – **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 423.

⁵⁵⁴ MIGUEL, Carlos Ruiz – **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 375.

⁵⁵⁵ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 370-371.

A pessoa pode ser conceituada como todo aquele sujeito de direitos, ou seja, o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações⁵⁵⁶. Enfim, é o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (os direitos da personalidade)⁵⁵⁷.

A personalidade, por sua vez, é o reconhecimento da pessoa para atuar nas relações jurídicas e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, consagrada pelos direitos da personalidade. Entende-se por personalidade jurídica a aptidão conferida pela ordem jurídica a um sujeito, para desempenhar direitos e adquirir obrigações⁵⁵⁸.

Capacidade e personalidade não podem ser consideradas expressões sinônimas, mas complementares. Enquanto a personalidade consiste no aspecto geral, ou seja, o valor jurídico que atinge a todos os seres humanos, a capacidade se traduz no aspecto mais afunilado, sendo concernente aos seres dotados de personalidade, que podem ser sujeitos de direito em relações jurídicas patrimoniais.

Afirma-se que a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é uma projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas⁵⁵⁹. A sua dimensão subjetiva corresponde à capacidade (aptidão) que tem toda pessoa de ser titular de direitos e obrigações; a sua dimensão objetiva, ao conjunto de características e atributos inerentes à pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico⁵⁶⁰. Neste último sentido é que se traduzem os direitos da personalidade.

Assim, a personalidade jurídica não justifica o tratamento dispensado pelo Direito ao ser humano. Antes, é a inerente natureza humana que justifica o fato de o Direito lhe reconhecer a personalidade jurídica. Dito de outra forma, a personalidade jurídica é uma “consequência e não uma causa de intervenção do Direito na tutela do ser humano”⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

⁵⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Direito civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142.

⁵⁵⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro - **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-9.

⁵⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 146.

⁵⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo - A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 27.

⁵⁶¹ OTERO, Paulo – **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 33.

Foi a partir da segunda metade do século XIX que surgiram as primeiras construções teóricas em torno dos direitos da personalidade. A expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar alguns direitos inerentes ao Homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado⁵⁶². Percebeu-se que o ser humano, em sua essência, apresenta-se como titular de direitos intrínsecos à sua própria existência, merecendo destaque os direitos da personalidade, classificados como direitos humanos fundamentais. São considerados direitos essenciais à condição humana, sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa⁵⁶³.

Poder-se-ia conceituar como os da personalidade os direitos reconhecidos ao indivíduo tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade⁵⁶⁴. Estão intimamente ligados à concepção de dignidade e, como tais, devem ser protegidos. Tais direitos podem ser analisados em dois planos distintos: entre particulares (eficácia horizontal) e em face ao Estado (eficácia vertical).

Por sua vez, a expansão dos direitos humanos transcende a noção de pessoa humana, possibilitando, desta forma, a proteção dos direitos do Homem não apenas considerado como ser individual, mas também como indivíduo integrante de coletividades ou grupos humanos.

Enquanto direitos inatos, relacionados à própria concepção de dignidade humana, os direitos da personalidade devem ser objeto da mais ampla proteção, não apenas na esfera pública, mas também no âmbito das relações jurídicas privadas. A categoria abrangeria um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do Homem pelo próprio Homem⁵⁶⁵.

Sabe-se que a pessoa é titular de direitos absolutos (oponíveis *erga omnes*), que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo sobre os vários modos de ser físicos ou morais da sua personalidade. São direitos gerais e extrapatrimoniais que incidem sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. “É

⁵⁶² RUGGIERO, Roberto de - **Instituições de direito civil**. Vol. I. Campinas: Booksellers, 1999. p. 275-276.

⁵⁶³ CUPIS, Adriano de - **I diritti della personalità**. Milão: Giuffrè, 1950. p. 18-19.

⁵⁶⁴ BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 1.

⁵⁶⁵ SCHREIBER, Anderson - **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

este um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”⁵⁶⁶.

No Brasil, a consagração da dignidade e a sua incorporação à Constituição da República de 1988 atingiram o Direito Privado, especialmente o Direito Civil. Antes restrito ao tratamento das coisas e marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o Direito Civil brasileiro voltou-se para as pessoas.

Após a promulgação do novo texto constitucional, avançados civilistas passaram a defender a necessidade de releitura do Direito Civil à luz dos novos valores existenciais acolhidos pela Constituição. Neste contexto, surge o novo Código Civil, que não teve qualquer relação com as transformações por que passava o Direito Civil pátrio. Em vez de elaborar um texto novo, o Congresso Nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de 1970. A comissão encarregada da redação do projeto original trabalhou sob a expressa premissa de “não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade”⁵⁶⁷.

Nos artigos 11 a 21, o Código Civil brasileiro de 2002 procurou regular os direitos ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade⁵⁶⁸. A inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o Direito Civil com a tutela e a promoção da personalidade humana⁵⁶⁹.

No entanto, o Código Civil acabou tratando dos direitos de personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Seus dispositivos trazem soluções absolutas, fechadas, definitivas, que não se ajustam à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos. Como desafio, cabe ao hermenêuta conferir uma interpretação construtiva que permita dar solução adequada aos inúmeros conflitos envolvendo os direitos da personalidade.

⁵⁶⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 208-209.

⁵⁶⁷ REALE, Miguel - **O projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 76.

⁵⁶⁸ CÓDIGO Civil: lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro [Em linha]. [Consult. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

⁵⁶⁹ SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

Por outro lado, grande parte dos direitos de personalidade mencionados no Código Civil brasileiro encontra previsão no artigo 5º da Constituição da República de 1988⁵⁷⁰. Até mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são referidos como consectários da dignidade humana, protegida no artigo 1º, inciso III, da Constituição⁵⁷¹.

A compreensão da unidade da proteção jurídica reservada à condição humana é importante para entender por que o rol de direitos da personalidade contemplado pelo Código Civil não é taxativo ou fechado. Como exemplo de que este rol não é exaustivo, pode-citar o direito à identidade pessoal e à identidade genética, que merecem proteção jurídica por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana. Outros exemplos podem ser mencionados, como o direito à integridade psíquica e o direito à liberdade de expressão.

Embora o Código Civil tenha tratado apenas de alguns direitos da personalidade e não tenha tido o cuidado de ressaltar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus artigos 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do artigo 1º, inciso III, da Constituição.

Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana ou se configuram aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade.

Registre-se, por oportuno, que a ausência de previsão no Código Civil estimula o debate em torno do reconhecimento de novas esferas essenciais de realização da pessoa humana. No Brasil, empreende-se atualmente importante esforço para a construção de critérios aptos a distinguir aqueles interesses que são realmente merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico. A iniciativa é imprescindível para evitar a banalização do instituto que

⁵⁷⁰ O artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988 assegura que 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. O inciso III preconiza que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. O inciso IV garante a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. O inciso V prevê o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. O inciso X estabelece a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁵⁷¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – dignidade da pessoa humana”.

se tornou, na prática judicial, o principal instrumento de proteção da pessoa humana: a indenização por dano moral.

Em Portugal, o Capítulo I do Título II da Constituição da República trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais. O artigo 24º assegura a inviolabilidade da vida humana (nº 1), com vedação à pena de morte (nº 2). O artigo 25º também garante a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas (nº 1), estabelecendo que ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (nº 2). O artigo 26º enuncia que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal⁵⁷², 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 proteção legal contra quaisquer formas de discriminação (nº 1), prevendo que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias (nº 2). Também preconiza 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 (nº 3). Por fim, dispõe que a privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos (nº 4). Infere-se, assim, que o texto constitucional se reporta expressamente a diversos direitos da personalidade, tendo como valor a ser tutelado a dignidade da pessoa humana⁵⁷³.

No plano infraconstitucional, o artigo 70º do Código Civil versa sobre a tutela geral da personalidade, assegurando que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral (nº 1) e que, 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 (nº 2). Este diploma legal ocupa-se, em seguida, de algumas modalidades de direitos da personalidade, a saber: direito ao nome (arts. 72º a 74º),

⁵⁷² A identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido mais amplo, abrange o direito de cada pessoa viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projetada exteriormente em determinadas opções de vida. Postula um princípio de verdade pessoal. Ninguém deve ser obrigado a viver em desarmonia com aquilo que pessoal e identitariamente é. Por sua vez, a identidade genética própria é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal. A proibição da clonagem reprodutiva não é apenas uma questão de identidade genética, mas também de identidade pessoal, à medida que a pessoa é condicionada na formação da sua personalidade pelo fator genético. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 609.

⁵⁷³ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 34.

direito a cartas missivas (arts. 75º a 78º), direito à imagem (art. 79º) e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (art. 80º)⁵⁷⁴.

Saliente-se, desde logo, que o quadro dos direitos da personalidade regulados no Código Civil também não tem, de modo algum, caráter taxativo. Em primeiro lugar, porque a enumeração que se segue mostra-se demasiado restrita, perante a própria ideia geral traçada pelo Código para o instituto e que resulta da cláusula geral de tutela da personalidade. Em segundo lugar, outros diplomas legais, com ênfase na Constituição da República, reconhecem e regulam outros direitos que se enquadram na categoria dos direitos da personalidade⁵⁷⁵.

A consagração desta proteção geral da personalidade permite conceder tutela a bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito⁵⁷⁶. Desta forma, a disposição contida no nº 1 do artigo 70º do Código Civil abrange as ameaças e agressões ilícitas a todo e qualquer direito da personalidade, ainda que não especialmente previsto nos artigos seguintes.

Ademais, extraem-se da regra contida no nº 2 do mesmo artigo 70º três linhas de proteção dos direitos da personalidade: a responsabilidade civil, que tem por finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos materiais ou morais sofridos pela vítima; a tutela preventiva (remédios preventivos), a fim de se evitar que as ameaças se concretizem em ofensas; e a atenuação do possível (remédios atenuantes), destinada a atuar após a consumação da ofensa, ou o seu início, a fim de reduzir, dentro das possibilidades, os efeitos do ilícito. Nada impede, porém, que sejam cumulados os remédios preventivos e atenuantes, uns com os outros ou com a indenização⁵⁷⁷.

No que diz respeito à autolimitação ou limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade, a norma contida no artigo 11 do Código Civil brasileiro assim estabelece: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ CÓDIGO Civil e diplomas complementares. 16ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. p. 28.

⁵⁷⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria geral do direito civil**. Vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2012. p. 231-232.

⁵⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 209-210.

⁵⁷⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 43-44.

⁵⁷⁸ CÓDIGO Civil: Lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro [Em linha]. [Consult. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

Traduzindo-se em manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte de seu titular.

Nos termos do dispositivo legal em comento, os direitos da personalidade também são irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. A partir de uma interpretação meramente literal, negar-se-ia qualquer efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade. O receio do legislador encontra fundamento na experiência vivenciada no passado histórico, em que o ser humano em estado de vulnerabilidade social acaba renunciando, com vistas à sua sobrevivência, aos seus direitos mais essenciais. Para atender suas necessidades e de sua família, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos. A ideia foi proteger a pessoa dos efeitos da sua própria vontade em relação a direitos essenciais⁵⁷⁹.

De fato, os direitos da personalidade devem ser mesmo considerados irrenunciáveis, no sentido de que o seu titular não pode despir-se deles “de modo definitivo”⁵⁸⁰. Contudo, exagera a dicção do artigo 11 do Código Civil quando veda toda e qualquer limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade.

Em várias situações não previstas em lei, mas socialmente admitidas, as pessoas desejam e aceitam limitar, pontualmente, o exercício de algum atributo inerente à própria personalidade⁵⁸¹. Esta limitação não deve ser reprimida pela ordem jurídica, quando a vontade individual não se opuser e se dirigir à realização da dignidade humana daquele indivíduo.

A vontade individual não é um valor. Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto.

Se a dignidade humana consiste no próprio fundamento da liberdade, o exercício desta liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido à medida que corresponda a tal fundamento. A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem

⁵⁷⁹ SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

⁵⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto - Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Paulo. Vol. 34 (Abr.-Jun. 1998). p. 94.

⁵⁸¹ É o caso, por exemplo, dos eventos esportivos de luta, quando os atletas, voluntariamente, põem em risco a sua integridade física; ou mesmo de uma pessoa pública, que ao conceder uma entrevista, expõe aspectos relativos à sua intimidade.

jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à afirmação da dignidade do seu titular.

Para analisar a legitimidade da autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade, alguns aspectos devem ser considerados: a) duração e alcance: qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não deve ser admitida, por se equiparar à renúncia⁵⁸²; b) intensidade: o grau de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade; e c) finalidade: qualquer limitação voluntária do exercício de um direito de personalidade deve estar vinculada a um interesse direto e imediato do seu próprio titular. Se por um lado, a ordem jurídica não deve tolerar a redução, ainda que voluntária, da dignidade humana, de outro, não se pode sufocar, a título de proteção, novas manifestações da personalidade humana⁵⁸³.

Sob a ótica do direito português, o artigo 81º do Código Civil dispõe expressamente que toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública (nº 1). Estabelece também que a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (nº 2)⁵⁸⁴.

Assim como no direito civil brasileiro, no português, proclama-se que os direitos da personalidade são inalienáveis e irrenunciáveis, em razão da sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo. Enquanto não disponíveis, os direitos da personalidade estão subtraídos ao jogo da livre vontade do seu titular, que sobre ele não a pode exercer validamente; ou seja, em regra, a pessoa titular de um direito da personalidade não pode validamente renunciar a ele ou limitá-lo⁵⁸⁵. Contudo, ao contrário da legislação civil brasileira, a portuguesa não impõe uma vedação literal absoluta à limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade. A sua nulidade se impõe quando for contrária aos princípios de ordem pública. Neste sentido, adverte Carlos Alberto da Mota Pinto:

⁵⁸² Neste sentido, o Enunciado nº 4 aprovado na 1ª Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

⁵⁸³ SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27-28.

⁵⁸⁴ CÓDIGO Civil e diplomas complementares. 16ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. p. 30.

⁵⁸⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria geral do direito civil**. Vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2012. p. 225.

“A irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância do consentimento do lesado: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos. A limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade deve, todavia, para ser válida como negócio jurídico ou para ser relevante como circunstância que exclui a ilicitude do acto lesivo e consequentemente a responsabilidade civil do lesante, ser conforme aos princípios da ordem pública (arts. 81º e 280º).

Assim, deve ter-se por irrelevante ou nulo o consenso (mera tolerância ou verdadeiro negócio) na lesão do bem ‘vida’.

Já, porém, se pode ter por admissível, dentro de certos limites, uma limitação voluntária do direito à integridade física: consentimento para intervenções médicas (sempre necessário, salvos os extremos do estado de necessidade), para operações estéticas (em princípio relevante, salvo casos excepcionais, como quando se consente numa operação gravemente perigosa para corrigir um defeito estético de escasso relevo), para benefício da saúde de terceiros (transplantações de certas partes do corpo ou transfusões de sangue), para participar em jogos desportivos violentos, etc. O critério decisivo a este respeito é sempre o do artigo 81.3, não contrariedade aos princípios de ordem pública. É óbvio igualmente que, quando o consenso do titular do direito seja legal, não poderá ter lugar uma execução em forma específica e o consentimento pode ser revogado, com indemnização dos prejuízos causados às expectativas legítimas da outra parte (art. 81.º, n.º 2)”⁵⁸⁶.

A regra contida no nº 1 do artigo 81 do Código Civil deve ser interpretada em conjunto com a norma do artigo 280º do mesmo diploma legal⁵⁸⁷, a fim de que não só a contrariedade à ordem pública, mas também à lei e aos bons costumes tornem ilícitos os negócios jurídicos que tenham como objeto bens da personalidade⁵⁸⁸.

Como exemplo de limitação à autonomia privada, com fundamento na moral e na ordem pública, podem ser citadas as proibições de disposição de tecido ou órgãos de origem humana. A Lei nº 12/93, de 22 de abril, aplica-se aos atos que tenham por objeto a doação ou coleta de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como às próprias intervenções de transplante. Em seu artigo 5º, estabelece que a doação de órgãos, tecidos e células, para fins terapêuticos ou de transplante, não pode, em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização⁵⁸⁹. Ressalte-se que, assim como em Portugal, no Brasil, somente é permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.434/97⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 215-216.

⁵⁸⁷ Nos termos do artigo 280º do Código Civil, é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável (nº 1). Também é nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes (nº 2).

⁵⁸⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 49.

⁵⁸⁹ LEI nº 12/93, de 22 de Abril [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis.

⁵⁹⁰ LEI nº 9.434/97, de 4 de Fevereiro [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm.

De outra sorte, um dos direitos da personalidade que, possivelmente, tem maior alcance prático é o direito à reserva da intimidade da vida privada, o qual compreende não somente o direito de oposição à divulgação da vida privada, mas também o direito ao seu respeito, ou seja, o direito de oposição à sua investigação.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada encontra-se inseparavelmente unido à dignidade e, também, aos direitos da personalidade. “Dignidade, intimidade e personalidade são realidades mutuamente interdependentes. Por outro lado, a intimidade da vida privada é um elemento fundamental para a realização da liberdade e, consequentemente, para a democracia pluralista”⁵⁹¹.

Saliente-se, ainda, que, para além do direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, tende-se hoje a reconhecer uma outra dimensão, de carácter positivo, traduzida na faculdade dos cidadãos de controlarem as informações que lhes dizem respeito. A tutela constitucional de uma reserva da intimidade da vida privada confere a faculdade de conservar na esfera não pública e reservada dos cidadãos todos os dados pessoais que pertençam à sua vida privada, dispondo o respectivo titular do direito de impedir o acesso, emprego e revelação desses dados, em moldes que não tenham sido por si previamente autorizados, bem como, simultaneamente, beneficiando-se de um direito ao conhecimento, retificação, atualização e eliminação dos respectivos dados pessoais. Daí que se possa falar, a este propósito, em um direito à autodeterminação informacional, ou seja, no direito de cada indivíduo dispor livremente dos respectivos dados e informações pessoais e, assim, determinar os termos de acesso e utilização por terceiros desses mesmos dados e informações⁵⁹².

Em Portugal, merece destaque a Lei nº 67/98, de 26 de outubro, denominada de Lei da Proteção de Dados Pessoais, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação

⁵⁹¹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 275. Para a autora, a vida privada comporta conteúdos e valorações que não se esgotam na noção de intimidade da vida familiar. A intimidade é aquele âmbito da vida da pessoa que se situa completamente na sua interioridade, fora do alcance dos demais, sendo, consequentemente, alheia a toda a exteriorização e relação.

⁵⁹² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 620.

desses dados⁵⁹³. Em seu artigo 2º, enuncia o princípio geral de 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 fundamentais. Quanto ao tratamento de dados sensíveis, o artigo 7º, nº 1, dispõe ser proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. Estabelece, ainda, que, mediante disposição legal ou autorização da CNPD⁵⁹⁴, pode ser permitido o tratamento destes dados quando por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15º (nº 2). O tratamento destes dados é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições: a) ser necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; b) ser efetuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas atividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contatos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; c) dizer respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; d) ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efetuado exclusivamente com essa finalidade (nº 3). Por fim, prevê que o tratamento dos dados referentes

⁵⁹³ Nos termos do artigo 3º, a), para os efeitos desta lei, considera-se dados pessoais qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”). É considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

⁵⁹⁴ Conforme o artigo 21º da Lei nº 67/98, a Comissão Nacional de Proteção de Dados – CNPD é uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República (nº 1). A CNPD dispõe: a) de poderes de investigação e de inquérito, podendo aceder aos dados objeto de tratamento e recolher todas as informações necessárias ao desempenho das suas funções de controle; b) de poderes de autoridade, designadamente o de ordenar o bloqueio, apagamento ou destruição dos dados, bem como o de proibir, temporária ou definitivamente, o tratamento de dados pessoais, ainda que incluídos em redes abertas de transmissão de dados a partir de servidores situados em território português; c) do poder de emitir pareceres prévios ao tratamento de dados pessoais, assegurando a sua publicitação (nº 3). É representada em juízo pelo Ministério Público e está isenta de custas nos processos em que intervenha (nº 6).

à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, é permitido quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efetuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, seja notificado à CNPD, nos termos do artigo 27º, e sejam garantidas medidas adequadas de segurança da informação (nº 4)⁵⁹⁵.

Registre-se, por sua vez, não ser tarefa fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar, que goza de reserva de intimidade, e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, sendo diversas as teorias que procuram instituir critérios distintivos⁵⁹⁶.

O critério constitucional deve partir dos conceitos de privacidade e dignidade humana, de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada deverá delimitar-se, assim, com base em um conceito de vida privada que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: a) o respeito dos comportamentos; b) o respeito do anonimato; e c) o respeito da vida em relação. Estas dimensões devem ser convocadas para eventuais renúncias à proteção da intimidade da vida privada⁵⁹⁷.

De outro lado, a proteção da reserva da intimidade da vida privada assume expressões relevantíssimas no âmbito das relações jurídico-laborais. Neste cenário, alguns direitos fundamentais, consagrados pela ordem constitucional, expõem-se a situações de compressão ou mesmo lesão grave. Várias circunstâncias concorrem para isso: a de a relação de trabalho ser uma relação de poder de uma pessoa sobre outra, sendo que esse poder é, ele próprio, juridicamente revestido e dotado de instrumentos que podem ser usados de várias maneiras; a de à subordinação jurídica se associar, normalmente, a dependência econômica, o que acresce a vulnerabilidade de um dos personagens da relação de trabalho relativamente ao interesse econômico e às restantes motivações possíveis do outro; a de a relação de trabalho ser, por

⁵⁹⁵ LEI nº 67/98, de 26 de Outubro [Em linha]. [Consult. 12 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=156&tabela=leis.

⁵⁹⁶ Há doutrina e jurisprudência que fazem a distinção entre esfera pessoal íntima, absolutamente protegida, e esfera privada simples, apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público.

⁵⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 468. Para os autores, a eventual distinção entre vida privada e intimidade da vida privada não parece muito relevante, sem prejuízo de tal distinção poder revestir importância para atender à gravidade da ofensa ou para a resolução de conflitos com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

natureza, limitativa da liberdade de ação do trabalhador e confinante, quando não abertamente conflitante, com outras esferas da existência pessoal dele, nomeadamente a familiar; e a de a execução do contrato de trabalho envolver uma implicação profunda da pessoa do trabalhador, nas suas várias dimensões, que não apenas as técnico-profissionais⁵⁹⁸.

Conforme explica Guilherme Machado Dray, a importação, para o Direito do Trabalho, do regime dos direitos da personalidade, fazia sentido e ocorreu com naturalidade. O princípio da proteção do trabalhador foi, a este propósito, determinante: ele permitiu fazer a ponte entre, por um lado, o regime dos direitos da personalidade do Código Civil, vocacionado e concebido para todas as pessoas em geral e o regime dos direitos fundamentais previsto na Constituição, pensado e positivado de forma a proteger as pessoas contra as ingerências externas do Estado; por outro lado, a realidade juslaboral, circunstância que permitiu criar um grupo de normas relativas aos direitos da personalidade do trabalhador, aplicáveis na situação jurídica laboral, quer nos preliminares, quer na execução do contrato de trabalho. Melhor explicitando: “o subsistema laboral passou a conter, ele próprio, um conjunto de direitos de personalidade fundamentalmente associados à proteção do trabalhador e dos seus direitos de cidadania no âmbito do contrato de trabalho e decorrentes do sistema geral do Direito Civil”⁵⁹⁹.

Em razão disso, o artigo 16º do Código do Trabalho de Portugal dispõe que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos da personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada (nº 1). Esclarece, ainda, que 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, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas (nº 2)⁶⁰⁰.

Ao tratar da proteção dos dados pessoais, o artigo 17º estabelece que 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 atividade profissional o justifiquem e seja

⁵⁹⁸ FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do trabalho**. 14ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 188.

⁵⁹⁹ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 179.

⁶⁰⁰ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 30.

fornecida por escrito a respectiva fundamentação (nº 1). Em relação às informações sobre a saúde ou gravidez, estas devem ser prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade laboral (nº 2). O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controle dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua retificação e atualização (nº 3). 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 proteção de dados pessoais (nº 4)⁶⁰¹.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, o direito à reserva da intimidade da vida privada deve ser entendido em termos amplos, de modo a incluir os aspectos ligados à esfera íntima, à esfera pessoal e ainda à vida familiar do trabalhador. Este direito tem as seguintes implicações na execução do contrato de trabalho: a) veda as ingerências do empregador em aspectos da vida privada do trabalhador não diretamente relevantes para a atividade laboral por ele desenvolvida; b) determina a proibição de certas formas de controle da atividade do trabalhador na empresa, que a evolução tecnológica moderna veio, aliás, facilitar, como o controle à distância por meios telemáticos; c) torna, em princípio, irrelevantes para o contrato de trabalho como para sua cessação, as condutas extralaborais do trabalhador, a menos que possa ser estabelecida uma conexão objetiva relevante entre aquelas condutas pessoais e o contrato de trabalho⁶⁰².

Para Bernardo da Gama Lobo Xavier, no direito à reserva da intimidade da vida privada inserem-se tanto o acesso e a divulgação da esfera íntima e pessoal, como a proteção de dados pessoais, limitando-se também a possibilidade de solicitação de testes e exames médicos. O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade quanto a mensagens de natureza pessoal, incluindo o correio eletrónico, o que não prejudica o direito de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios e tempos da empresa⁶⁰³.

De acordo com Amadeu Guerra, sendo pacífico que não é admissível a renúncia do trabalhador ao exercício dos seus direitos no momento de sua contratação, ou mesmo na vigência do contrato de trabalho, a legitimidade da entidade empregadora para ter acesso ou

⁶⁰¹ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31.

⁶⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 296-297.

⁶⁰³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 482-483.

tratar determinado tipo de dados deve passar, cada vez menos, pelo consentimento ou, ainda, por disposições de natureza contratual. As operações de acesso e de tratamento, especialmente quando afetam alguns direitos dos trabalhadores, como a sua intimidade ou privacidade, devem, preferencialmente, assentar-se em disposições legais. Delimitar as condições em que as entidades empregadoras podem ter acesso ou tratar dos dados dos trabalhadores é uma missão tormentosa, à medida em que as várias formas de acesso ou de tratamento têm que compatibilizar os vários direitos do empregador (iniciativa privada e liberdade de estabelecimento), os seus poderes (de direção e orientação), os princípios decorrentes do contrato de trabalho (liberdade contratual, ainda que limitada), com os direitos e obrigações do trabalhador, que, numa situação de desvantagem, está adstrito ao dever de subordinação e de obediência⁶⁰⁴. Torna-se necessário, por isso, assegurar um equilíbrio entre dois dos mais significantes postulados da sociedade moderna: a livre iniciativa e autonomias privadas⁶⁰⁵ e a integridade física e reserva da intimidade da vida privada. Importa, assim, harmonizá-las e maximizar os direitos em causa, sem aniquilar as dimensões essenciais de qualquer deles⁶⁰⁶.

Nessa perspectiva, Guilherme Machado Dray destaca que o princípio da proteção do trabalhador pode assumir um papel decisivo na argumentação e na busca da solução concreta, tornando mais consistentes as soluções apoiadas à luz deste princípio estruturante do Direito do Trabalho. Argumenta, ainda, que o referido princípio pode, neste domínio, substituir a função que os direitos fundamentais desempenham em sede argumentativa. Isto porque, recebendo os influxos dos direitos fundamentais e da ordem de valores que contêm, e conhecendo as especificidades próprias da situação *juslaboral*, opera a filtragem dos direitos fundamentais com adequação funcional e valorativa e permite a sua aplicação no domínio trabalhista⁶⁰⁷.

Ao nos centrarmos na questão relacionada à realização de testes genéticos por parte das entidades patronais, para efeitos de seleção de pessoal ou de despedimento de trabalhadores, o dilema se radica na necessidade de compatibilizar o direito do indivíduo à manutenção da sua esfera de privacidade com as necessidades empresariais de recolha de informação sobre a sua

⁶⁰⁴ GUERRA, Amadeu – **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. p. 15-16.

⁶⁰⁵ A autonomia privada se consubstancia no espaço de liberdade em que as pessoas podem gerir os seus interesses sem qualquer vinculação a diretivas alheias.

⁶⁰⁶ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 52.

⁶⁰⁷ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 187.

aptidão laboral. Se é certo que a iniciativa privada aponta para a liberdade de contratação da respectiva força de trabalho, traduzindo-se num direito constitucionalmente assegurado⁶⁰⁸, em contrapartida, a inviolabilidade da integridade física e da intimidade da vida privada também encontram amparo constitucional⁶⁰⁹.

A informação genética sobre a constituição do indivíduo pode, em determinadas circunstâncias, degradá-lo ou despersonalizá-lo, devendo atender-se aos direitos fundamentais estabelecidos. Se, por um lado, temos o direito à livre iniciativa privada que os testes visam acautelar, do outro, deparamos com o direito à integridade física e à reserva da intimidade da vida privada dos trabalhadores. Esta colisão de direitos é o apanágio dos tempos atuais, que vem se acentuando com o desenvolvimento tecnológico e científico.

João Nuno Zenha Martins afirma que a consagração constitucional de reserva à intimidade privada, no sentido de preservação do patrimônio genético e da impossibilidade da sua devassa, vale sem lei e contra a lei. Trata-se, por isso, de um direito, ao contrário de outros direitos (carecedores de uma intervenção legislativa para tornar efetiva a sua aplicação), que goza de uma normatividade qualificada, de uma operatividade imediata⁶¹⁰.

Numa época em que o progresso da ciência é galopante, surge com intensidade uma exigência de impedimento à amputação do núcleo essencial de um direito que, por natureza, tem limites pouco definidos. Contudo, o patrimônio genético, consistente naquilo de mais íntimo e individualizante que uma pessoa alberga, será, com segurança, um conteúdo matricial da esfera da intimidade e que integra o núcleo do seu conceito.

Ao inserir a informação genética do indivíduo em sua esfera privada pessoal, Roberto Camilo Leles Viana sustenta ser preciso fazer uma distinção entre a intimidade e a privacidade. A privacidade abarca todos os domínios da vida da pessoa a ela inerentes e que lhe digam respeito, incluída a intimidade, sendo esta constituída pelo núcleo do direito à privacidade. A intimidade refere-se, assim, a aspectos que as pessoas guardam para si, não havendo, a

⁶⁰⁸ A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, assim como da ordem econômica, com base no artigo 170, *caput*, do mesmo Texto Constitucional. Por sua vez, o artigo 61, nº 1, da Constituição da República Portuguesa dispõe que a iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse geral.

⁶⁰⁹ No Brasil, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada encontra-se prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Em Portugal, a reserva da intimidade da vida privada é direito pessoal assegurado no artigo 26º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, a qual também assegura a inviolabilidade da integridade física e moral no seu artigo 25º, nº 1.

⁶¹⁰ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 53.

princípio, o conhecimento por parte de terceiros, os quais somente são revelados pela vontade do indivíduo ou quando estritamente necessário, como no caso de informações sobre saúde prestadas ao médico em uma situação emergencial. Já a esfera privada, que também inclui aspectos pessoais, possui uma natureza mais abrangente, referindo-se aos relacionamentos que o indivíduo possui com familiares e amigos e, também, com terceiros, excluídos, logicamente, aqueles que não façam parte dessa relação. Neste contexto, “as informações genéticas preditivas fazem parte da vida íntima, sublinhando um grau de proteção maior, que, em última instância, advém das próprias especificidades dos dados preditivos”⁶¹¹.

Cumprе ressaltar, ainda, que, por se tratar de um direito de defesa, o direito à intimidade não apenas impõe a abstenção de terceiros (sentido negativo), mas também necessita de uma proteção (dimensão positiva), em razão da possibilidade de ingerências nesta seara⁶¹². A propósito, Elaine Noronha Nassif leciona que é da proteção da intimidade do indivíduo que decorre logicamente a necessidade de garantia do direito à informação em relação a seus próprios dados genéticos. A individualidade, que é protegida pelo direito à intimidade, diz respeito a todas as características relacionadas ao genoma da pessoa e ao seu modo de viver. Faz-se “necessário respeitar o ser humano não só como individualidade, como um ser único e distinto de todos os demais, mas também como parte da espécie humana, ou seja, como indivíduo identificado com seu grupo genético”⁶¹³.

Desse modo, todo o processo relacionado aos testes genéticos, desde o aconselhamento até o consentimento, deve ser guiado pelo dever de confidencialidade das pessoas que de alguma forma tenham acesso às informações, como os médicos e demais profissionais de saúde, mesmo após a realização dos referidos testes e a revelação de seus resultados, devendo haver, obrigatoriamente, a aquiescência daquele a quem digam respeito⁶¹⁴.

O estabelecimento de testes genéticos, como requisito de admissão ou de manutenção no emprego, embora possa decorrer da manifestação autônoma de vontade das partes, deve ser

⁶¹¹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 81-82.

⁶¹² RODRIGUES, José Antonio Seoane – De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. Parte I. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao. nº 16 (2002), p. 85.

⁶¹³ NASSIF, Elaine Noronha – Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação [Em linha]. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, 1999. p. 110. [Consult. 31. Jan. 2018]. Disponível em www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf.

⁶¹⁴ CORCOY, Mirentxu Bidasolo – Medicina predictiva y discriminación. **Cuadernos de la Fundación Victor Grifais i Lucas**. Barcelona. Nº 4, 2001, p. 31.

avaliado e ponderado à luz dos critérios norteadores da limitação voluntária dos direitos fundamentais, nomeadamente os da personalidade. Até porque mostra-se evidente a situação de não paridade entre o candidato a emprego ou empregado e o empresário. Trata-se de uma operação hermenêutica de harmonização e concordância prática entre as diferentes posições jurídicas, haja vista a tentativa de justaposição entre a autonomia e a iniciativa privadas e a reserva da intimidade da vida privada. Enquanto a autonomia privada cede à medida em que a atuação ponha em risco a dignidade da pessoa humana, o princípio da reserva da intimidade da vida privada tem as suas fronteiras delimitadas pelo conteúdo mínimo e inviolável da autonomia privada⁶¹⁵.

Para Stela Barbas, o simples interesse da entidade patronal em contratar o candidato mais adequado não justifica, por si só, a intromissão na vida privada do trabalhador sob a forma compulsiva de um teste genético. Estes exames constituem, sem dúvida, significativa ameaça à privacidade genômica⁶¹⁶.

Rui Nunes salienta que a privacidade e a intimidade da vida privada são dois valores especialmente acarinhados nas sociedades ocidentais, só podendo ser perturbados por um motivo de força maior. Só um interesse público ou privado verdadeiramente relevante pode legitimar a violação desses direitos⁶¹⁷.

Por sua vez, sabe-se que os testes genéticos fornecem *in natura* mais indicações de caráter pessoal do que a simples identificação do indivíduo, pois incidem sobre áreas do genoma que são responsáveis por manifestações fenotípicas e que envolvem estudos acerca da própria entidade familiar. Existe ainda o risco inegável de funcionalização das gerações futuras aos interesses do mercado empresarial, colocando em perigo a Humanidade dos vindouros.

Considerando que as informações genéticas são parte integrante da esfera íntima do ser humano e dizem respeito não apenas ao presente, mas também ao futuro, Roberto Camilo Leles Viana alerta para a necessidade de proteção e controle, em virtude da potencial lesividade que o conhecimento por parte de terceiros pode ocasionar, com uma série de prejuízos ao indivíduo, como estigmas e discriminações. Ressalta, outrossim, que o indivíduo tem o direito de ver preservada não somente a sua privacidade, mas também a de seus familiares, pois o

⁶¹⁵ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 54-55.

⁶¹⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 594.

⁶¹⁷ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 105.

patrimônio genético não pertence apenas ao trabalhador⁶¹⁸. Neste sentido, Bernardo da Gama Lobo Xavier afirma que “na integridade do patrimônio genético está a privacidade própria e alheia”⁶¹⁹.

Deve-se assim considerar que a submissão a testes genéticos quando da admissão no emprego ou durante a vigência do contrato de trabalho viola de forma ostensiva o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁶²⁰. Logo, qualquer restrição a este direito ínsito à pessoa humana somente se justifica diante da necessidade de salvaguarda de outros direitos fundamentais igualmente relevantes, como os relativos à proteção da vida, da segurança e da integridade física e psíquica do próprio trabalhador ou de terceiros, em razão dos graves riscos impostos pela natureza da atividade laboral a ser exercida.

De outra sorte, em razão de a coleta do produto biológico representar uma intromissão na esfera pessoal do indivíduo, de uma forma genérica, essa operação deve ser precedida do consentimento informado do interessado e de garantias efetivas de respeito pela sua vida privada e confidencialidade dos dados obtidos. Trata-se de um processo no seio da relação médico-paciente, no bojo do qual o paciente receba do médico a informação suficiente para participar ativamente na tomada de decisões relativas ao diagnóstico. O trabalhador deve manifestar a sua vontade de forma livre e consciente, sendo necessariamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências destes testes. Uma autolimitação (renúncia) só é voluntária quando o indivíduo dispõe de alternativas reais de comportamento e conhece na plenitude o seu objeto, pois só então a sua autovinculação pode significar uma expressão da autonomia individual.

Uma vez que no centro da ordem jurídica se situa a pessoa humana, titular de direitos fundamentais, pode-se afirmar que o direito à intimidade genética tem como característica

⁶¹⁸ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 88.

⁶¹⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Verbo. ISSN 0870-3965. Ano XLIV, XVII da 2ª série, nº 3 e 4 (Jul.-Dez. 2003), p. 89.

⁶²⁰ As características genéticas são dotadas de uma combinação singular em cada ser humano e qualquer interferência em sua intimidade genética se mostra ofensiva, mormente quando voltada a discriminar ou menoscar o indivíduo no âmbito da relação empregatícia. YAÑEZ, Gonzalo Figueroa – Información genética y derecho a la identidad personal. In BERGEL, S. D.; CANTÚ, J. M., org. - **Bioética y Genética**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 139-140.

fundamental o reconhecimento de que a pessoa pode manter um controle absoluto e efetivo (autodeterminação) sobre a informação genética que lhe respeita⁶²¹.

Neste contexto, a Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética⁶²², aprovada pelo Parlamento Europeu, em 16 de março de 1989, ao tratar da análise do genoma de trabalhadores, salienta o direito destes de serem completamente informados e aconselhados⁶²³, antes da sua realização, sobre as análises propostas e a importância dos seus eventuais resultados e sobre o direito de recusarem, em qualquer momento, sem justificarem e sem que daí lhes possam advir quaisquer consequências positivas ou negativas, a realização de análises genéticas (nº 17). Também exige que os dados genéticos dos trabalhadores não possam ser arquivados e que sejam protegidos, por medidas especiais, da utilização abusiva por terceiros (nº 18)⁶²⁴.

O respeito pela vida privada do cidadão examinado, relativamente a informações sobre a sua saúde e à confidencialidade de seus dados genéticos, constitui um princípio definido no artigo 10º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, no artigo 7º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, no artigo 8º, nº 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assim como no artigo 35º, nº 4, da Constituição portuguesa.

A limitação voluntária de um direito da personalidade, como o à reserva da intimidade da vida privada e familiar, assenta-se numa declaração de vontade dirigida e apta a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica protegida por norma fundamental, o que pressupõe que o renunciante seja o titular desta mesma posição jurídica e possa dela dispor. Neste domínio, o acesso ao patrimônio genético tem refrações sobre os familiares do consentor, pelo que o sigilo médico já se encontra fora da sua esfera de disponibilidade, isto é, ainda que o

⁶²¹ GUERRA, Amadeu – **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. p. 226.

⁶²² PROBLEMAS Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética e da Fecundação Artificial Humana. Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. ISBN 92-823-0210-5.

⁶²³ A regra geral do livre consentimento esclarecido também se encontra prevista no artigo 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e no artigo 5º, b, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Em Portugal, o artigo 9º, nº 2, da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, a ela faz referência.

⁶²⁴ “O direito à privacidade pretende proteger a liberdade individual, delimitando uma zona da vida privada virtualmente inacessível a qualquer intromissão externa. Assim, a confidencialidade do ato clínico está contida neste conceito mas não a esgota, sendo uma vertente de maior aplicação prática. A manutenção da confidencialidade dos dados genéticos obtidos durante uma consulta de aconselhamento é, talvez, um dos maiores dilemas que se colocam ao conselheiro genético”. NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 104.

indivíduo não se oponha à divulgação de seu patrimônio genético, o médico jamais poderá fazê-lo, sob pena de serem afetados direitos de terceiros, nada justificando que outros tenham acesso a dados que respeitam a pessoas que não pretenderam ou celebraram um contrato de trabalho⁶²⁵.

Verifica-se, assim, que o acesso às informações genéticas do trabalhador configura o mais amplo conhecimento da intimidade deste ser laboral, permitindo a sua identificação com uma profundidade genômica e que, por isso, merece a devida regulamentação pelo Direito, a fim de que não configure um ilegítimo instrumento de afronta à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem como um óbice intransponível à igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de trabalho e profissão.

Nas palavras de Luís Archer:

“(...) este conhecimento, que é tão amplo como o possível, é, por outro lado, tão específico como cada um de nós. O genoma de cada um, devidamente tratado, produz um perfil de bandas que é único para cada ser humano, do nascimento à morte, o que quer que ele faça da sua vida. Identifica o indivíduo. Diz-lhe de quem é filho. Deixa uma marca, por onde quer que passe e aí fique uma qualquer célula. É uma impressão digital, não de superficialidade dérmica mas de profundidade genômica. Conhece o homem na sua identidade profunda”⁶²⁶.

Embora não se descarte a possibilidade de restrição de direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho, é preciso a fixação de limites seguros à ingerência alheia sobre estas informações, cuja importância não se restringe à pessoa do trabalhador, mas alcança também todos os seus familiares, colocando em risco as gerações vindouras. O que não se pode admitir é a mercantilização da pessoa humana, a sua coisificação, em detrimento de sua dignidade, para atender aos interesses de mercado ou diminuir os riscos ordinários provenientes da exploração de qualquer atividade econômica.

Atento a estes objetivos, deve-se buscar a harmonização dos interesses em conflito, uma solução ponderativa, sopesando sempre os aspectos qualitativos dos direitos fundamentais em colisão, de modo a possibilitar o livre exercício da iniciativa privada, mas sem afronta ao eixo referencial que norteia o Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

⁶²⁵ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 88.

⁶²⁶ ARCHER, Luís – Genoma e intimidade. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994), p. 66. Enfatiza, ainda, o referido autor que os “empregadores, as companhias de seguro, estão certamente interessados em ler no genoma de hoje a participação social que terão de pagar amanhã. Porão as suas condições, para empregos e seguros, mesmo perante os que defendem o direito de não saber e de viver em paz” (p. 68).

Finalmente, após o estudo do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento nas relações de trabalho e do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar do trabalhador, apresenta-se como necessária uma prévia exposição inicial sobre as repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral, como forma de introduzir o tema da realização dos testes genéticos preditivos na seara trabalhista, que será objeto do capítulo.

3.3. As repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral

Conforme já abordado, os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. No decorrer dos séculos, o tema foi tratado sob diferentes perspectivas e distintas denominações. Entretanto, todas as diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é apenas o plano em que se manifesta. O valor a ser tutelado é idêntico e unitário: a dignidade da pessoa humana⁶²⁷.

Desta forma, e tendo por base o pensamento kantiano, toda conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal. Todo homem é um fim em si mesmo e não deve servir de instrumento para projetos alheios. Os seres humanos não têm preço tampouco podem ser substituídos, pois são dotados de um valor intrínseco, ao qual se dá o nome de dignidade⁶²⁸.

O certo é que os pilares de uma ordem constitucional democrática convergem para uma compreensão da pessoa humana como centro e razão última do Direito. Mas se trata da pessoa concreta, que tem o direito de se autodeterminar, mas também experimenta necessidades materiais e espirituais, e que só realiza na vida em sociedade, em sua relação com o outro. Assim, uma sociedade que se diz democrática endossa a ideia de que o Direito e o Estado existem para a pessoa, e não o contrário. A pessoa, nesse sentido, possui um atributo que lhe é peculiar, em razão do qual não pode ser instrumentalizada⁶²⁹.

⁶²⁷ SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

⁶²⁸ BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

⁶²⁹ SARMENTO, Daniel – **Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 74-76.

Como enfatiza Pedro Pais de Vasconcelos: “A pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do Direito. Sem pessoas não existiria o Direito. O Direito existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no Mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito”⁶³⁰.

Esta conformação humanista do Direito prevalece ainda mais naqueles ramos jurídicos que disciplinam relações assimétricas ou não paritárias, como as laborais, em que a pessoa do trabalhador é marcada pela vulnerabilidade decorrente de sua hipossuficiência econômica.

Esta vulnerabilidade potencializa-se no trabalhador candidato a um emprego. Mesmo que se trate do acerto de um contrato, em que deveria imperar a autonomia da vontade, pelas circunstâncias específicas que envolvem a relação de emprego, o trabalhador fica numa posição de inferioridade. O empresário, detentor dos meios de produção, no exercício do direito de propriedade, normalmente impõe as condições que regerão este contrato. O trabalhador, em geral, dispondo apenas da sua força de trabalho, necessita do emprego para a subsistência própria e de sua família. E a sua situação, nos dias atuais, é por demais complicada, em face do “fantasma” do desemprego, que ronda a sociedade capitalista. Consequentemente, o contrato de trabalho em muito se assemelha a um contrato de adesão⁶³¹.

Por essa razão, o Direito do Trabalho é dotado de natureza tutelar, tendo por diretriz cardinal a proteção do trabalhador, que informa todas as regras, institutos e princípios que constituem o arcabouço normativo trabalhista, “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”. Esta noção influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como Direito. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente⁶³².

Nos quadros do Direito do Trabalho torna-se necessário que a subordinação própria do contrato de trabalho se efetive sem lesão ou compressão excessiva dos direitos fundamentais

⁶³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 6.

⁶³¹ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 129. Segundo a autora, por tais motivos, a ocorrência de lesão do direito à intimidade e à vida privada, sem que haja resistência por parte do trabalhador, é mais provável durante o processo seletivo. Primeiro, porque o candidato teme que a sua contratação deixe de se concretizar. Segundo, porque além de não se concretizar, a empresa pode informar sua eventual “resistência” a outras empresas, que também poderão deixar de admiti-lo em razão disso.

⁶³² DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 201.

do trabalhador. Daí decorrem deveres para o empregador e as respectivas posições ativas para o trabalhador. Na realidade, a centralidade do trabalho como modo de vida das pessoas e o permanente contato que a relação de trabalho implica, e o caráter não apenas patrimonial, mas marcadamente pessoal da atividade, em que quem trabalha se encontra inserido numa estrutura autoritária e desigual e, portanto, sujeito a relação privada de poder, tem levantado agudamente as questões de defesa dos direitos fundamentais e da personalidade⁶³³.

Guilherme Machado Dray acentua que, na verdade, entre os princípios que melhor refletem o estágio atual de evolução dogmática do Direito do Trabalho, tendo em conta o estuário normativo e as tendências pós-modernas para a flexibilização e desregulação do mercado laboral impostas por finalidades macroeconômicas de reforço da competitividade das economias nacionais, há dois que se evidenciam e que tendencialmente se sobrepõem e se opõem: o princípio da proteção do trabalhador, por um lado, que compreende, numa visão alargada, vários dos (sub)princípios defendidos pela doutrina trabalhista, e o da salvaguarda dos interesses empresariais, no polo oposto. A contraposição entre estes dois princípios e as respectivas valorações subjacentes são evidentes, mas resultam de um fenómeno natural da ciência jurídica. Trata-se de princípios que marcam toda a evolução do Direito do Trabalho e de cujo confronto emergem as novas soluções normativas e as tendências político-ideológicas que marcam este ramo do Direito⁶³⁴.

É neste contexto que se apresenta o problema jurídico a ser equacionado no presente trabalho, envolvendo a discussão sobre a possibilidade de os empregadores utilizarem os dados de análises genéticas dos seus empregados efetivos ou potenciais para efeitos de despedimento ou de seleção de pessoal, uma vez que a medicina preditiva possibilita novas e diferentes formas de discriminação social em questões laborais. O que estaria em causa não é uma incapacidade atual do trabalhador para o exercício da atividade laboral, mas uma mera predição de doenças futuras ou predisposições.

⁶³³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. Lisboa: Verbo, 2014. p. 479-480.

⁶³⁴ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 419. Segundo o autor, nalguns casos, nomeadamente em estágios sociais e civilizatórios em que a desproteção do trabalhador é mais manifesta e o arbítrio do empregador mais marcante, as soluções normativas pendem mais para o reforço da proteção do trabalhador como forma de reequilíbrio da relação de trabalho e de prossecução de uma efetiva igualdade substancial entre as partes; noutros casos, pelo contrário, quando a preocupação dominante é a do reforço da competitividade da economia através da agilização do mercado de trabalho, por meio da sua flexibilização e da criação de instrumentos de gestão do empregador mais eficazes ou quando se concluir que a segmentação do mercado de trabalho requer uma diminuição dos índices de proteção dos primeiros, as soluções normativas tendem a evoluir no sentido do reforço do princípio da salvaguarda dos interesses empresariais.

Antes, porém, de se caminhar para o enfrentamento desta questão, que se traduz no objetivo central deste estudo, é preciso uma abordagem prévia acerca das repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral, notadamente no que concerne aos interesses de todos os atores sociais envolvidos, com vistas à exata compreensão das múltiplas dimensões que norteiam este debate.

Sob esta ótica, Maria Jorqui Azofra esclarece que a utilização de informações genéticas decorrentes da realização de testes genéticos no âmbito da relação empregatícia desperta o interesse do empregador, do empregado, de terceiros e da sociedade em geral. O interesse do empregador se traduz, basicamente, na possibilidade de proporcionar um meio ambiente do trabalho mais saudável, permitindo que o trabalhador possa bem desempenhar as suas obrigações e evitando, assim, faltas e prejuízos relacionados a investimentos feitos no seu aperfeiçoamento, além de reduzir os custos relativos à saúde do empregado. Já o interesse do trabalhador consiste na proteção e na preservação de sua saúde, com o objetivo primordial de impedir que as predisposições que eventualmente possua para o surgimento de determinada doença prejudiquem de alguma forma a sua atividade laborativa. Em relação aos dois últimos atores, os seus interesses se concentram, primordialmente, em se evitar, ou ao menos reduzir, eventuais danos aos companheiros de trabalho do empregado, assim como aqueles oriundos da utilização de produtos e serviços de determinada sociedade em razão de infortúnios laborais provocados pela condição de saúde do trabalhador. Por fim, ressalta o interesse geral de que haja proteção e prevenção adequadas no campo da medicina laboral⁶³⁵.

Para Luís Archer⁶³⁶, no que diz respeito à realização de testes genéticos, três situações podem interessar aos empregadores: a) o diagnóstico pré-sintomático de doenças de manifestação tardia que possam vir a diminuir o tempo de atividade útil dos candidatos ao emprego; b) a detecção de genes determinantes de suscetibilidade a certos materiais específicos usados no trabalho; e c) análises que determinem se há causa genética em doenças surgidas entre os trabalhadores. Salienta, ainda, que, quanto aos dois últimos casos, cabe o registro de que determinadas afecções poderão surgir por decorrência da alta exposição a certos materiais nocivos ou por uma particular sensibilidade de alguns trabalhadores a essas substâncias, ou por diversas combinações destes fatores. Deste modo, a análise genética dos trabalhadores pode

⁶³⁵ AZOFRA, Maria Jorqui – Consideraciones éticas sobre la práctica de los ‘test genético’. Espacial consideración al contexto laboral. In MORÁN, Narciso Martínez, coord. - **Biotechnología, Derecho y Dignidad Humana**. Comares: Editorial Comares, 2003. p. 343.

⁶³⁶ ARCHER, Luís – Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Acta Médica Portuguesa. Ética em Saúde e Investigação**. Ordem dos Médicos. II Série, Vol. 5, nº 3 (Mar. 1992), p. 140.

fornecer dados importantes para o ajustamento dos cuidados de saúde duma empresa, para a determinação dos níveis de segurança necessários em relação a materiais perigosos e para o tratamento de trabalhadores que adoeçam. Haveria, assim, um interesse social por parte da empresa na análise genética dos empregados, que pode tornar-se particularmente forte em situações em que a admissibilidade de indivíduos com alto risco ponha em causa a segurança da maioria dos trabalhadores ou mesmo da comunidade⁶³⁷. Sustenta, por isso, que os testes genéticos preditivos – quando, por exemplo, possibilitam detectar que um piloto de avião possa sofrer de um súbito ataque cardíaco na ocorrência de variação de pressão de oxigênio, ajudando, desta forma, a evitar grave acidente aéreo –, mostram-se eticamente justificáveis. Entretanto, não haveria razões éticas para que uma pessoa portadora do gene da doença de Huntington fosse excluída da possibilidade de ser piloto de avião enquanto não houver manifestação da doença⁶³⁸.

Em contraposição a este fator social devem pesar os interesses e direitos individuais do trabalhador, como, *exempli gratia*, o relativo à confidencialidade dos seus dados genéticos, em observância ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, e o direito à autodeterminação informacional, ou seja, o direito de querer ser ou não informado acerca de seu estado de saúde⁶³⁹.

Bernardo da Gama Lobo Xavier defende a possibilidade da utilização dos testes genéticos para a eliminação dos riscos que determinadas atividades possam ocasionar a terceiros, mas faz uma ressalva. Os testes genéticos não podem ser utilizados para aquelas atividades cujos riscos possam ser solucionados ou reduzidos por meio da utilização das normas de saúde e segurança do trabalho. Em resumo, somente pode-se recorrer à utilização das informações decorrentes de testes genéticos quando, com o uso dos recursos e técnicas preventivas, não for possível excluir as situações de risco⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Seria a hipótese de contratação de um piloto de aviação aparentemente saudável, mas sujeito a uma das formas geneticamente condicionadas de doença cardíaca, aumentando exponencialmente as probabilidades de sofrer um ataque cardíaco durante o voo, de modo a submeter a perigo a tripulação e os passageiros.

⁶³⁸ ARCHER, Luís – **Da genética à bioética**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006. p. 191.

⁶³⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – O direito de não saber o seu estado de saúde. **Forum Iustitiae: Direito e Sociedade**. Ano I, nº 12 (Jun. 2000), p. 43. Segundo a autora: “Toda a pessoa deve ter o direito a não saber, se assim o desejar, qual o seu estado de saúde e o direito a conhecer os dados de investigação médica que lhe digam respeito e, em paralelo, o direito de preservar o conhecimento de tais dados exclusivamente para si numa concepção mais ampla de privacidade”.

⁶⁴⁰ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Verbo. ISSN 0870-3965. Ano XLIV, XVII da 2ª série, nº 3 e 4 (Jul.-Dez. 2003), p. 38-39.

Portanto, deve-se cuidar para que não haja uma generalização demasiada e arbitrária na utilização dos dados genéticos dos trabalhadores, sob a justificativa de proporcionar maior segurança e proteção à saúde das pessoas, pois cumpre ao empregador a obrigação de garantir um ambiente saudável e seguro na empresa⁶⁴¹.

Giuseppe Catalano⁶⁴² também adverte que se deve atentar para o fato de que a proteção à saúde do trabalhador constitui-se em dever do empregador, impondo-se a adoção de medidas adequadas à sua defesa, garantindo uma boa qualidade do ambiente de trabalho, recorrendo-se, inclusive, ao uso de tecnologias que não o acesso às informações genéticas do trabalhador, que pode se tornar prejudicial ao obreiro e seus familiares.

Roberto Camilo Leles Viana⁶⁴³ observa que o risco a ser assumido pela sociedade, em contraponto às possibilidades de discriminação e de estigmatização social e aos custos delas resultantes, não justifica a admissibilidade da utilização dos testes genéticos e a publicitação da informação genômica individual. Também não se justifica o interesse da sociedade em geral na utilização de informações genéticas dos indivíduos sob o argumento de que quando uma determinada pessoa é acometida de uma doença e passa a ser tratada pelo Estado, os custos são repassados a todos, desviando a atuação estatal de outras áreas como, por exemplo, o lazer, a educação, a segurança, etc., uma vez que cabe ao empregador a obrigação de manter um ambiente de trabalho saudável e seguro, pois “caso os empregadores possam fazer uso do exame genético para identificar indivíduos mais susceptíveis, provavelmente passarão a considerar mais conveniente dispensar ou realocar os trabalhadores, em vez de eliminar os riscos no local de trabalho”.

Conforme Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, uma questão se impõe: ao invés de se realizarem testes genéticos sob o argumento de proteção ao trabalhador, seria mais importante “repensar primeiro as precárias condições a que estão submetidos esses trabalhadores”. E vão além: considerando o discurso em defesa da utilização de provas genéticas no âmbito laboral, resta saber se de fato “se tem por finalidade a proteção da saúde do trabalhador ou a transferência a este dos riscos do empreendimento e da má gestão

⁶⁴¹ BENEGOCHEA, Juan A. Sagardoy – **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**. Navarra: Civitas, 2005. p. 86-87.

⁶⁴² CATALANO, Giuseppe – **Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico. El derecho ante el proyecto genoma humano**. Bilbao: Fundación BBV, 1994. p. 339.

⁶⁴³ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 47-48.

das condições ambientais de trabalho”⁶⁴⁴. É importante ressaltar, por oportuno, que “a ordem jurídica trabalhista atribuiu ao empregador a responsabilidade exclusiva pelo ônus decorrente da atividade econômica desenvolvida e pelos contratos de trabalho celebrados”⁶⁴⁵.

Guilherme de Oliveira argumenta, ainda, que, embora possa haver no local de trabalho um indivíduo suscetível ao desenvolvimento de determinada doença em razão da exposição a uma substância específica, o fato é que “a presença de agentes agressivos nos locais de trabalho prejudica todos, ainda que a constituição genética da maioria não conduza à generalização dos sintomas patológicos”⁶⁴⁶. Melhor dizendo, a exposição dos trabalhadores a certas substâncias por um longo período também é capaz de afetar aqueles que não possuem suscetibilidade ao desenvolvimento de determinada doença.

No âmbito da saúde ocupacional, conforme Rui Nunes⁶⁴⁷, reafirma-se o princípio ético de que o principal objetivo do exercício profissional neste contexto é a salvaguarda da saúde dos trabalhadores e a promoção da higidez do meio ambiente de trabalho. Assim, como consta no Código Internacional de Ética para os Profissionais de Saúde Ocupacional: “os resultados dos exames só devem transmitir-se à direção em relação à aptidão para o trabalho previsto ou às limitações necessárias e num ponto de vista médico na distribuição das tarefas ou na exposição a riscos ocupacionais”⁶⁴⁸.

Por sua vez, Júlio Manuel Vieira Gomes pondera que a utilização dos testes genéticos para a preservação da saúde e segurança de terceiros, sejam companheiros de trabalho ou mesmo clientes de uma determinada empresa, justifica-se, notadamente, em relação àqueles trabalhos que se revestem de sensibilidade (risco), como, por exemplo, os pilotos de avião, os motoristas de transporte público, além de agentes de segurança de instalações perigosas, a exemplo das usinas nucleares⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo – **Bioética da libertação e saúde do trabalhador – A (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 123.

⁶⁴⁵ VILLELA, Fabio Goulart - **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 130.

⁶⁴⁶ OLIVEIRA, Guilherme de – Implicações jurídicas do conhecimento do genoma. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 154.

⁶⁴⁷ NUNES, Rui – **Geneética**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 104.

⁶⁴⁸ CÓDIGO Internacional de Ética para os Profissionais de Saúde Ocupacional. International Commission of Occupational Health (ICOH). Segurança nº 136, 1999, p. 33-35.

⁶⁴⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira – **Direito do trabalho. Relações individuais de trabalho**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 347.

Alice Monteiro de Barros, excepcionalmente, também admite a realização de testes genéticos com objetivo de averiguar, em virtude da atividade a ser desenvolvida, a possibilidade de o empregado correr risco de saúde. Aponta, ainda, outra exceção, levantada em estudo realizado pelo Departamento de Energia e pelo Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos e que coloca em confronto o direito individual à intimidade genética e a proteção da saúde pública. Trata-se da admissão da realização do exame para os cargos de piloto de avião, maquinista de trem ou motorista de ônibus coletivos, a fim de detectar eventual tendência de o indivíduo ser acometido de ataque cardíaco, a título de ilustração⁶⁵⁰.

Nesses casos, Roberto Camilo Leles Viana destaca que os “indivíduos são vítimas em função de deficiente prestação do serviço devido a doença do trabalhador no exercício de uma função perigosa”. Cita, como exemplo, pessoas que apresentam predisposição a doenças degenerativas, como Huntington e Alzheimer, justificando, desde logo, a sua exclusão, considerando que “colocam em risco a saúde e segurança das pessoas com as quais têm relação o desempenho da função laboral”⁶⁵¹.

Amadeu Guerra explica que, na relação de trabalho, o recurso à informação genética pode colocar-se em dois tipos de situação: no momento da contratação de pessoal e no decurso do contrato de trabalho. Por princípio, estão em causa dois objetivos distintos: a realização de despistagem genética para, numa lógica de rentabilidade econômica e ponderação de risco, delimitar as características genéticas do candidato e detectar a existência de marcadores hereditários ou predisposições patológicas para contrair certas doenças ou vir a padecer de certa incapacidade; e a realização de exames de controle, numa perspectiva de proteção da saúde do trabalhador ou de terceiros, direcionados para a avaliação do impacto do ambiente profissional no patrimônio do trabalhador ou na sua saúde⁶⁵².

Para Stela Barbas⁶⁵³, de uma maneira geral, o exame do genoma humano possibilitará todo um conjunto de melhorias significativas na seara laboral, como: a) assegurar que o trabalhador está em boas condições de saúde para realizar os seus deveres; b) prevenir faltas e

⁶⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de – **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. p. 102-103.

⁶⁵¹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 46.

⁶⁵² GUERRA, Amadeu – **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. p. 230-231.

⁶⁵³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 572-576.

correlativas consequências; c) evitar encargos que se venham a demonstrar inúteis na especialização do trabalhador; d) limitar as despesas de saúde e subsídios de invalidez ou morte; e) impedir que as predisposições genéticas do trabalhador sejam agravadas em virtude de condições específicas da sua atividade profissional; e f) reduzir o risco de danos provocados a terceiros, causados por acidentes de trabalho decorrentes do estado de saúde do trabalhador.

Assim sendo, no tocante aos interesses do trabalhador, pode-se afirmar, conforme a eminente jurista, que ele terá a faculdade de optar por utilizar esses dados em benefício próprio, para a escolha de uma carreira ou emprego, ou mesmo para evitar doenças potencialmente causadas pelo ambiente laboral. Suas aptidões podem ajudá-lo, inclusive, a ter preferência num emprego, ser promovido ou transferido para um lugar pretendido.

Segundo a autora, em relação aos colegas de trabalho e terceiros em geral, estes terão, eventualmente, interesse em ter acesso ao genoma do trabalhador para evitar riscos resultantes da atividade de uma pessoa potencialmente inapta ou, mesmo, perigosa em razão dos seus caracteres genéticos, posto que, em certos empregos, a segurança de terceiros depende não somente da perícia do trabalhador, mas também de seu estado de saúde.

Subsiste, ainda, a hipótese de o empregador querer conhecer o genoma do trabalhador ou do candidato ao emprego para proteger a sua saúde, evitar indenizações, reduzir encargos financeiros, impedir que o ambiente de trabalho tenha repercussões negativas no genoma, agravando uma predisposição genética, justificar determinadas discriminações na seleção de pessoal, evitar a realização de atividades que envolvam riscos maiores, proceder a transferências que tenham como objetivo reduzir os custos e aumentar a produtividade.

Por seu turno, o Estado tem, desde logo, um interesse geral em assegurar adequada prevenção e proteção no campo da saúde ocupacional.

De acordo com Roberto Camilo Leles Viana⁶⁵⁴, a possibilidade de conhecimento das informações genéticas de determinado trabalhador por ele próprio ou mesmo pelo empregador, por terceiros e pela sociedade, apesar de apresentar certas vantagens, pode, também, ocasionar uma série de questões que devem ser devidamente analisadas.

O interesse do empregador no conhecimento das informações genéticas do trabalhador possibilita à entidade patronal evitar eventuais indenizações, reduzir custos e aumentar a produtividade (com melhor gestão de mão de obra), bem como impedir que o ambiente laboral

⁶⁵⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 43-45.

permita o agravamento da condição de saúde do empregado em razão de predisposição genética, inclusive com a transferência do trabalhador.

Contudo, o acesso a estas informações pode acarretar a prática de atos discriminatórios e prejudiciais ao trabalhador, pois se sabe que diante do mundo dinâmico e competitivo, o empregador é movido primordialmente por questões relacionadas à diminuição de custos e à otimização da produtividade, possibilitando também o malferimento da dignidade humana da pessoa que lhe presta serviço.

Ressalta o autor acima referido, outrossim, que “o mercado de trabalho é naturalmente cruel e seletista e o acréscimo de meios para potencializar tais práticas não parece aceitável”. Quanto ao trabalhador, aduz que lhe é assegurada a faculdade de se utilizar de suas informações genéticas para a escolha de um determinado emprego ou carreira, bem como evitar a ocorrência de uma doença em razão de um determinado ambiente de trabalho, além de possibilitar a promoção e transferência para um lugar de sua preferência.

Em que pesem os benefícios e vantagens que o conhecimento das informações genéticas pode proporcionar ao trabalhador, esta possibilidade deve-se revestir de uma verdadeira faculdade e não de um dever, posto que o resultado destes exames pode ocasionar grandes inquietações ao empregado e à sua família, gerando inúmeros danos psicológicos, maiores, inclusive, e em muitos casos, que a doença em si. Neste mesmo sentido, João Leal Amado, ao afirmar que o obreiro “goza de um direito à saúde, mas já é duvidoso que recaia sobre ele um qualquer dever de saúde”⁶⁵⁵.

Amadeu Guerra⁶⁵⁶ adverte que se deve afastar a possibilidade de realização de testes genéticos para celebração de contrato de trabalho, uma vez que “se alcança com grande dificuldade a possibilidade de estabelecer qualquer relação entre o objetivo dos testes e a avaliação da aptidão profissional do candidato ao posto de trabalho”. Eventuais decisões a serem tomadas quando da contratação de determinado indivíduo devem basear-se apenas nas qualificações individuais e na capacidade para o exercício do cargo, excluindo-se quaisquer outras não relacionadas à aptidão para o exercício do trabalho⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ AMADO, João Leal – Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro. **Questões Laborais**. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Ano XII, nº 25 (2005), p. 115.

⁶⁵⁶ GUERRA, Amadeu – **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. p. 233-234.

⁶⁵⁷ “O Homem é um bio-tipo único, indivisível e irrepetível. Cada ser humano é uma edição singular. Todos somos diferentes e a cada momento estamos a mudar”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 21.

Como se sabe, as novas tecnologias relativas ao genoma trazem uma série de questões relativas à pessoa humana. Com isso, a dignidade da pessoa corre sérios perigos em razão da possibilidade de ocorrência de discriminação, marginalização, ostracismo, estigmatização, invasão da privacidade e da autonomia pessoal⁶⁵⁸. Desta forma, deve-se buscar uma harmonização em torno das questões relacionadas à liberdade ética de autorrealização a que tem direito toda a pessoa, assim como a ciência e a sociedade em geral, não se podendo olvidar da “subordinação dos interesses científicos, econômicos e sociais à dignidade da pessoa”⁶⁵⁹.

Deve-se cuidar para que a utilização de testes genéticos na seara laboral, seja no âmbito de contratação ou mesmo na execução contratual, não acarrete a redução do trabalhador ou candidato a emprego à sua dimensão genética⁶⁶⁰, sob pena de ocorrência de verdadeiro determinismo genético negativo⁶⁶¹, criando “grupos de indivíduos discriminados,

⁶⁵⁸ “O perigo se intensifica na medida em que dados genéticos têm sido associados, com frequência cada vez maior, a tendências comportamentais. Tome-se como exemplo a notável repercussão alcançada pela descoberta do chamado ‘gene do crime’. (...) Em 2002, pesquisadores do King’s College de Londres anunciaram a descoberta daquilo que a imprensa internacional denominou de ‘gene do crime’. Segundo os pesquisadores, a presença de uma específica versão de certo gene, responsável pelo controle da produção da enzima MAOA, teria o condão de aumentar a probabilidade de jovens vítimas de maus-tratos desenvolverem comportamentos criminosos. Especialistas em bioética revelaram acentuada preocupação com a notícia, registrando que uma pessoa com propensão à criminalidade pode resistir ao impulso e ter uma vida inteiramente construtiva. Alertaram, ainda, para o risco de que os governos passassem a tratar a criminalidade como uma consequência genética, deixando de combater as causas sociais da violência, como a distribuição desigual de riquezas. Nem se pode deixar de levar em consideração o perigo de que a identificação do ‘gene do crime’ venha ser usada por qualquer Estado para monitorar ou vigiar determinados indivíduos, incorrendo em clara discriminação genética”. SCHREIBER, Anderson – **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 175-176.

⁶⁵⁹ ARCHER, Luís – Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Acta Médica Portuguesa. Ética em Saúde e Investigação**. Ordem dos Médicos. II Série, Vol. 5, nº 3 (Mar. 1992), p. 144.

⁶⁶⁰ “(...) o organismo humano ultrapassa o nível da individuação meramente biológica para se converter em matéria personalizada, ou seja, num processo de recriação da carne em subjetividade consciente, que apenas encontra a sua verdadeira realização no *medium* dialógico da palavra partilhada”. SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 17.

⁶⁶¹ “Deixando o indivíduo de ser encarado como autor livre e responsável dos seus actos então também a sociedade deixará de sentir a necessidade de proceder à avaliação crítica das suas instituições, leis e práticas dominantes com vista à sua eventual reforma para assegurar uma maior igualdade de oportunidades entre os seus cidadãos. Residindo o problema nos genes destes então a solução não passa por alterações nos estritos planos económico, social ou jurídico, mas sim pela terapia génica ou pela engenharia genética de melhoramento. O determinismo genético pode, deste modo, encontrar-se ao serviço quer do interesse em assegurar a protecção da ordem social e política existente perante qualquer crítica que lhe seja dirigida, quer do de justificar as desigualdades sociais existentes e fundamentar as práticas discriminatórias injustas”. MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. **Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo**. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 521-522.

estigmatizados, impossibilitados de aceder ao mercado de trabalho”⁶⁶². Surge, assim, a séria ameaça de que o conhecimento preditivo acarrete a “transformação de um ‘risco genético’ na própria doença, alterando perigosamente os conceitos de ‘normal’ e de ‘patológico’”⁶⁶³, possibilitando toda a sorte de consequências, mormente aquelas de índole social.

É preciso sublinhar que, no seio da relação laboral, a possibilidade de estigmatização e discriminação do trabalhador é real e tende a se expandir, de modo que àquele indivíduo que seja considerado inapto ao trabalho não restará outra opção senão a procura de outro emprego, “ou seja, mesmo em sociedades que se proclamam livres e democráticas, o ser humano tornar-se-á prisioneiro do seu próprio genoma”. Ademais, algumas doenças genéticas são invariavelmente associadas a grupos humanos específicos e, desta forma, as análises genéticas podem também caracterizar uma forma indireta de discriminação, razão pela qual há entendimentos no sentido de que aquelas não podem ser utilizadas como critério de contratação, sob pena de forte impactação nestes grupos. Outra questão relevante que se impõe refere-se à possibilidade de os empregadores se utilizarem dos testes genéticos como forma de selecionar os trabalhadores que sejam mais resistentes a determinada substância, ao invés de adotar medidas capazes de melhorar o meio ambiente de trabalho⁶⁶⁴.

Stela Barbas, ao tratar das repercussões que os testes genéticos podem ocasionar ao mercado de trabalho, traz à lume alguns relevantes questionamentos:

“O candidato ao emprego que não foi admitido ou o trabalhador que foi despedido ficando sem meios de subsistência, não se verá coagido a ter menos filhos?!...Quem correrá o risco de ter um filho que padeça da mesma deficiência genética e, que, posteriormente, também, será banido do mercado de trabalho?!...Os bebés passarão a ser previamente analisados e selecionados em função do seu genoma? Eliminados se tiverem as deficiências genéticas dos pais?!... [...] O mercado é que define os critérios para uma boa força laboral? Procriação exclusiva de pessoas com o genoma procurado pelo mercado?!...”⁶⁶⁵

Assim, a utilização de testes genéticos na seara laboral poderá acarretar a falsa ideia “da existência de genomas imaculados ou mais desenvolvidos, influenciando as opções

⁶⁶² VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 94.

⁶⁶³ GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F.; OSELKA, Gabriel – A bioética no século XXI. In GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F., coord. - **A Bioética no Século XXI**. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 18.

⁶⁶⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 95-97.

⁶⁶⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 599.

reprodutivas, com o objetivo de procriação exclusiva de pessoas com o genoma procurado pelo mercado. Assim, a longo prazo, ter-se-á a utilização de práticas eugênicas”⁶⁶⁶.

Giuseppe Catalano admite a utilização de testes genéticos apenas de modo excepcional e desde que sejam observadas algumas condições: a) que o posto de trabalho resulte em perigo considerável para terceiros; b) que exista o diagnóstico de uma alta probabilidade de contrair uma enfermidade profissional muito grave ao entrar em contato com o entorno laboral; c) que não exista a alternativa de que o empregador melhore as condições de segurança do meio ambiente laboral; d) que se ofereça um posto de trabalho alternativo ao empregado, com a mesma categoria e salário e na mesma empresa; e) que o descumprimento de qualquer dessas condições seja considerado uma infração penal⁶⁶⁷.

A realização de exames genéticos, se por um lado traz alguns benefícios para os empregadores, empregados e terceiros em geral, por outro, implica sério risco de violação aos direitos fundamentais da parte mais fraca desta relação: o trabalhador. Portanto, o uso dos dados genômicos desses indivíduos pode lhes acarretar severos prejuízos, não só no ambiente de trabalho, com a possibilidade de não vir a ser contratado para determinada vaga de emprego ou mesmo despedido arbitrariamente no curso do contrato de trabalho, mas também em sua vida social e familiar, considerando os estigmas e preocupações consequentes do manejo de suas informações genéticas.

Stela Barbas aduz que essas perspectivas devem ser utilizadas de modo ponderado, levando-se em consideração “o direito de todo ser humano à privacidade, ao trabalho e a não ser discriminado em função do seu genoma”. Destaca, ainda, no que se refere à legislação laboral, a existência de três possibilidades: a primeira considera o genoma humano como algo exclusivamente privado e, como tal, deve ser utilizado somente em benefício próprio; a segunda considera o genoma humano como pertencente à sociedade em geral, podendo, desta forma, ser utilizado em benefício dela; a última leva em consideração as duas primeiras, optando por um posicionamento menos radical⁶⁶⁸.

Segundo a renomada autora, a informação sobre o genoma não deve ser do domínio exclusivo do indivíduo nem, pelo contrário, pertença total da sociedade. Seria não considerar

⁶⁶⁶ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 95-98.

⁶⁶⁷ CATALANO, Giuseppe – **Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico. El derecho ante el proyecto genoma humano.** Bilbao: Fundación BBV, 1994. p. 337.

⁶⁶⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano.** Coimbra: Almedina, 2011. p. 576-577.

que esses dados genéticos podem ter repercussões positivas ou negativas no próprio trabalhador, em terceiros e na sociedade como um todo. Deste modo, faz-se necessário harmonizar os interesses envolvidos, utilizando a informação genômica recolhida de forma justa e racional, de acordo com as respectivas circunstâncias⁶⁶⁹.

Nesta mesma direção, para Denise Hammerschmidt⁶⁷⁰, “o estabelecimento de provas genéticas nas relações laborais, em casos excepcionais, não é incompatível com o prévio conhecimento informado do interessado, nem com seu direito de conhecê-las ou não”.

Desta forma, todas estas perspectivas devem ser ponderadas, levando-se em conta, de um lado, a iniciativa econômica, a autonomia da vontade privada e o direito de propriedade e, de outro, o direito ao trabalho, à igualdade de oportunidades e à não discriminação em função do genoma, à integridade física, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à autodeterminação informacional genômica. A necessidade de realização deste exercício de ponderação decorre do ponto referencial de que os direitos fundamentais são destituídos de natureza absoluta, devendo ser objeto de otimização. Através de um *balancing process*, deve-se procurar uma solução razoável, procedendo a uma tarefa de consideração de interesses em presença, buscando uma resposta situativa, por intermédio do princípio da concordância prática ou da harmonização, com vistas à unidade constitucional⁶⁷¹.

Vislumbra-se, deste modo, uma ampliação do conceito de norma jurídica. Assim como as regras, os princípios também são dotados de força normativa, consistindo em legítimos comandos deônticos de conduta. Neste sentido, esclarece Robert Alexy:

“Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”⁶⁷².

⁶⁶⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 577.

⁶⁷⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise – Direito e discriminação genética [Em linha]. **Revista do Direito Privado da UEL**. Vol. 1. nº 2. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>.

⁶⁷¹ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 63.

⁶⁷² ALEXY Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

A distinção entre regras e princípios não é de grau, mas de natureza qualitativa. Os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser satisfeitos em graus variados e de que a medida devida de sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas a serem necessariamente satisfeitas ou não, contendo determinações na esfera daquilo que é fática e juridicamente possível. Logo, toda a norma é uma regra ou um princípio⁶⁷³.

Estas diferenças tornam-se ainda mais claras quando da análise dos critérios adotados para solucionar o conflito entre regras e a colisão entre princípios. Em havendo o conflito entre regras, o critério de solução a ser utilizado é o da inserção, em uma delas, de cláusula de exceção, ou mesmo o critério da validade, de modo que a regra declarada inválida seja extirpada do ordenamento jurídico. Diante da colisão entre princípios, um destes terá precedência em face do outro sob certas condições, em virtude de seu maior peso. Desta forma, o conflito entre regras opera-se na dimensão da validade, enquanto que a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso⁶⁷⁴. Nesta última hipótese é que se impõe a chamada ponderação de interesses⁶⁷⁵.

Cabe o registro de que a aplicação do método da ponderação de interesses em colisão é muito comum em matéria constitucional:

“Na linha que se vem desenvolvendo, resulta certo que os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de forma a que todos eles possam conservar sua identidade. Por isso, adverte Hesse⁶⁷⁶, é preciso ter cuidado na utilização de fórmulas como a ponderação de bens e a ponderação de valores. Cabe ao intérprete, por força do princípio da unidade, um esforço de *otimização*: é necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima. Na busca dessa *concordância prática*, passa-se por um outro princípio, que se apreciará adiante: o da proporcionalidade”⁶⁷⁷.

⁶⁷³ ALEXY Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

⁶⁷⁴ ALEXY Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-94.

⁶⁷⁵ A ponderação de interesses somente se mostra indispensável quando configurada a colisão entre ao menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o mesmo caso concreto. Deste modo, a primeira tarefa que se atribui ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de verificar se os cânones envolvidos efetivamente colidem na resolução da questão, ou se, ao contrário, possam ser harmonizados. SARMENTO, Daniel - **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99.

⁶⁷⁶ HESSE, Konrad - La interpretación constitucional. In **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 48-49.

⁶⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 193.

O princípio da concordância prática ou da harmonização reivindica a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, implicando ponderações nem sempre livres de carga política, as quais não devem efetuar-se em única direção⁶⁷⁸.

Na jurisprudência de diversos tribunais constitucionais o critério de ponderação ou pesagem situa-se num espaço de relevo, correspondendo no constitucionalismo germânico a um aspecto do que é exigido pelo princípio da proporcionalidade, que se instrumentaliza por meio de outros três princípios: os da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses princípios traduzem a noção de otimização. Destarte, a interpretação dos direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade consiste em tratá-los como legítimos mandados de otimização (ou seja, como princípios), e não como regras, posto que são normas que se impõem na máxima medida possível, em face das possibilidades fáticas e jurídicas⁶⁷⁹.

A partir de uma perspectiva pós-positivista, o Direito passa a ser compreendido como uma atividade argumentativa⁶⁸⁰, sendo certo que, nos domínios da interpretação, é preciso reconhecer uma área em que a criação do direito convive com a sua reconstrução; ou seja, um lugar comum em que a originalidade da decisão convive, de modo harmônico, com a descoberta da teoria constitucional aplicável ao caso concreto por força do reconhecimento de princípios que auxiliem à solução do conflito de interesses com valor igual para os casos assemelhados⁶⁸¹.

De acordo com esta leitura, quando da apreciação dos casos difíceis na esfera judicial, que Hércules – o juiz construtivista⁶⁸² - possa encontrar princípios numa “moldura” de normas jurídicas previamente determinada, concordando com Hebert – o juiz positivista⁶⁸³ - na

⁶⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.225.

⁶⁷⁹ Os princípios da adequação e da necessidade referem-se à otimização relativa àquilo que é faticamente possível. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização com relação às possibilidades jurídicas, que são definidas essencialmente pelos princípios concordantes.

⁶⁸⁰ “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa”. DWORKIN, Ronald - **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 17.

⁶⁸¹ PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. p. 370-371.

⁶⁸² DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

⁶⁸³ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 195.

oposição de teses jurídicas consagradas na ideia de que a decisão judicial exige a interpretação da lei para lhe “dar vida”⁶⁸⁴, no sentido de permitir o exercício de direitos estagnados ou obstados, constituindo um vínculo direto e concreto, antes existente apenas em tese, entre os envolvidos na demanda, ainda que seja necessária a justificação por argumentos de princípios que perpetuem as teses jurídicas para os casos assemelhados como orienta a equidade sustentada na liberdade⁶⁸⁵. Logo, quando o juiz Hércules é chamado a decidir um caso difícil, deve ponderar sobre os elementos que lhe são levados à apreciação, para, num primeiro momento, identificar se trata-se de uma interpretação da lei ou da fixação de um precedente; para, depois, formular uma teoria de origem constitucional que determine, por argumentos de princípios, os conceitos a serem aplicados em todos os casos semelhantes⁶⁸⁶.

No contexto da discussão sobre o acesso do empregador a informações genéticas dos trabalhadores, conforme leciona João Nuno Zenha Martins, deve-se avaliar o risco efetivo de os empregadores contratarem trabalhadores com doenças genéticas firmadas e, por outro lado, sopesar a medida em que a plena realização do direito fundamental à incapacidade física lesa o direito à livre iniciativa e à autonomia da vontade. Depois de se constatar a inevitabilidade da atuação, deve-se avaliar o quadro de medidas possíveis a adotar para, sem atentar contra o núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, eleger o meio idôneo de atuação. Neste plano, apenas se procede a uma seleção de medidas potencialmente adotáveis em função de juízos de prognose. Após a seleção de um naipe de medidas possíveis, haverá que escolher a menos lesiva para o trabalhador, desde que a realização do direito à livre iniciativa fique assegurado. Em qualquer caso, nunca a medida poderá afetar o núcleo essencial do direito do cidadão. Registra, outrossim, que qualquer proibição absoluta da realização de testes genéticos pode, potencialmente, colocar em causa o direito à liberdade de iniciativa privada e o direito de propriedade e, num outro plano, a própria autonomia da vontade. O respeito à dignidade da pessoa humana é, contudo, intangível, posto ser da observância de sua essência que deflui o princípio da liberdade e que consiste na base antropológica do Estado de Direito. Cura-se, assim, do preenchimento jurídico normativo do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Estes critérios permitem justificar, de modo constitucionalmente inatacável,

⁶⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 22.

⁶⁸⁵ PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. p. 371.

⁶⁸⁶ PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. p. 371.

a restrição e assegurar a concordância prática entre a necessidade de realização da livre iniciativa e o respeito pelas posições subjetivas dos cidadãos⁶⁸⁷.

Portanto, na busca de uma solução ponderativa para a questão referente à utilização de testes genéticos preditivos no âmbito da contratação laboral, é necessário sopesar os interesses contrapostos, a fim de que se ultime, na medida do possível, a máxima otimização dos direitos fundamentais em colisão, os quais, como já visto, são destituídos de natureza absoluta e, por isso, podem vir a sofrer restrições na seara das relações de trabalho, o que, a seguir, será objeto de estudo.

⁶⁸⁷ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 63-65.

4. OS TESTES GENÉTICOS PREDITIVOS E A CONTRATAÇÃO LABORAL

4.1. A restrição de direitos fundamentais nas relações de trabalho

A partir da centralidade que a pessoa humana passou a ocupar na ordem jurídica no período Pós-Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi erigida a um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, atribuindo uma conformação mais humanista à seara jurídica, por meio da fixação de direitos fundamentais oponíveis em face do Estado e dos particulares, de modo a proteger este núcleo irredutível que é intrínseco à própria Humanidade.

É porque se reconhece a todas as pessoas uma igual dignidade e porque, na relação com os Poderes Públicos, a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado, que as Constituições consagram um elenco de direitos fundamentais destinados a assegurar juridicamente a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo potencialmente, para prosseguir adequadamente esses fins, os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade e os direitos fundamentais sociais)⁶⁸⁸.

Os direitos fundamentais, a Constituição e o Estado de Direito compõem o tripé para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária⁶⁸⁹. Esta ideia, hoje consagrada na ciência jurídica, remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 16 estabelece que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”⁶⁹⁰.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁹¹ observa que os direitos fundamentais integram, “ao lado da definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional”, razão pela qual são “não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”. Ressalta, ainda, que as Constituições modernas preveem uma atuação controlada e programada dos órgãos estatais,

⁶⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. p. 69.

⁶⁸⁹ CÉSAR, João Batista Martins – **A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2013. p. 18.

⁶⁹⁰ DÉCLARATION des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 [Em linha]. [Consult. 9 Mar. 2018]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

⁶⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 69-70.

como forma de assegurar a eficácia material dos direitos fundamentais, “os quais podem ser considerados *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático de Direito”, bem como que “existe um estreito nexo – genético e funcional – de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, na medida em que aquele primeiro deve garantir os segundos, os quais dependem do Estado de Direito para a sua efetiva realização”.

Sabe-se que os direitos fundamentais ocupam uma posição de destaque no hodierno constitucionalismo⁶⁹². No que concerne à Constituição de Portugal, Jorge Miranda⁶⁹³ observa que isto “tornou-se patente na proclamação da dignidade da pessoa humana como base da República (art. 1º) e na sistematização do texto, com precedência dos direitos fundamentais em face da organização económica e da organização política”, o que resultou da influência de outras Constituições contemporâneas, como a alemã, a italiana e as de alguns Estados da Europa Oriental. Explica que a Parte I da Constituição de 1976 trata dos direitos e deveres fundamentais ao longo de sessenta e oito artigos, em sua maioria bastante extensos, não esgotando, contudo, a matéria ou a enumeração dos direitos fundamentais. Aduz, outrossim, que o preâmbulo e os preceitos fundamentais espalhados nas Partes II, III e IV e nas disposições finais e transitórias, em conjunto com outras matérias, “preveem outros direitos ou interferem mais ou menos diretamente com o exercício dos direitos ali contemplados”. Ressalta, ademais, que o artigo 16º, nº 1, estabelece que os direitos fundamentais consagrados pela Constituição não excluem quaisquer outros que sejam decorrentes das leis e das regras de Direito Internacional.

Na mesma direção, a Constituição brasileira, de 1988⁶⁹⁴, no Título I, elenca, entre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III e IV), bem como declara que são objetivos fundamentais, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I e IV). No Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional apresenta igualmente um extenso rol de direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), além de uma ampla relação de direitos sociais, incluídos os dos trabalhadores

⁶⁹² José João Abrantes lembra que os direitos fundamentais se projetam sobre a totalidade do ordenamento jurídico, como forma de manter-lhe a coerência, assegurando “que os valores éticos e os princípios democráticos valham em todos os âmbitos sociais e relativamente a todas as pessoas ou grupos que os possam pôr em perigo”. ABRANTES, José João – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 15.

⁶⁹³ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 170 e 177-178.

⁶⁹⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

(artigos 6º a 11). Cabe registrar, por oportuno, que, nos termos do § 2º do artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República seja parte, e que, de acordo com o § 3º, 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, terão status de emendas constitucionais.

Destarte, os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos são considerados a estrutura de uma sociedade, consubstanciando um “patamar mínimo civilizatório de direitos”, que devem ser assegurados e efetivados pelo Estado, com vistas à implementação da democracia substancial⁶⁹⁵.

No âmbito do Direito do Trabalho, os direitos fundamentais têm origem na reação dos Estados aos excessos da Revolução Industrial, por meio da criação de normas de caráter cogente ou de ordem pública, com a imposição de limites ao exercício do poder do empregador, visando à preservação da dignidade do trabalhador. Este processo culminou na inserção de normas protetivas dos trabalhadores nas Constituições, dando origem ao chamado constitucionalismo social⁶⁹⁶.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, os direitos fundamentais, notadamente os de personalidade, são imantados de tutela jurídica significativa, de inegável potência e efetividade, não só por derivarem diretamente da Constituição da República, como também por serem instrumento imprescindível de realização do sentido mais singular do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado Democrático de Direito. Nessa medida estabelecem claro contraponto ao poder empregatício, em qualquer de suas dimensões, não inviabilizando, porém, o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela Constituição. Apenas tornam a propriedade efetivamente subordinada à sua função social, colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado – e não acima – do valor social do trabalho⁶⁹⁷.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho⁶⁹⁸, um dos elementos de maior singularidade do contrato de trabalho reside no envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo, que

⁶⁹⁵ CÉSAR, João Batista Martins – **A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2013. p. 20.

⁶⁹⁶ KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do direito do trabalho à luz dos direitos fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 50.

⁶⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 710-711.

⁶⁹⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 294-295.

decorre da dificuldade de estabelecer uma delimitação clara entre a prestação de trabalho e a pessoa do prestador. Esta dificuldade, conjugada com o carácter continuado da situação jurídica e com o grau de indeterminação da prestação de trabalho ao longo da execução do contrato, torna particularmente vulneráveis os direitos da personalidade do trabalhador na vigência do contrato, bem como os direitos fundamentais que lhe assistem na qualidade de cidadão. “Justifica-se, assim a particular protecção destes direitos em sede de execução do contrato de trabalho, bem como a afirmação de princípio de que a actividade laboral não deve ser desenvolvida em moldes susceptíveis de prejudicar esses direitos”⁶⁹⁹.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores são, assim, aqueles que têm como destinatários os indivíduos diferenciados pelas atividades que executam com o objetivo de sobrevivência e/ou de desenvolvimento de seus planos de vida, os quais merecem uma proteção especial por estarem inseridos em uma relação de poder⁷⁰⁰.

Portanto, a inserção do trabalhador no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos fundamentais, muito embora possa haver restrições no seu alcance em razão da função a ser efetivamente ocupada e da própria natureza da atividade patronal. É inadmissível, entretanto, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Não é porque o empregado subordina-se ao empregador ou porque este último detém o poder diretivo que não irá se justificar a tutela dos direitos fundamentais nas relações de trabalho; do contrário haveria uma degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado⁷⁰¹.

Como explica António Monteiro Fernandes⁷⁰², o “cenário das relações de trabalho – normalmente o da empresa – é também um daqueles em que alguns direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, se expõem a situações de compressão ou mesmo lesão grave”, para o que concorrem várias circunstâncias: a relação de trabalho é juridicamente revestida de poder por parte do empregador, que dispõe de instrumentos que podem ser usados de várias maneiras; a subordinação jurídica do empregado está associada à dependência econômica, o que, por si só, o torna vulnerável; a relação de trabalho limita a liberdade de ação

⁶⁹⁹ Na verdade, pode-se afirmar que esta necessidade de tutela dos direitos fundamentais do trabalhador, nomeadamente os de personalidade, precede a própria celebração do contrato de trabalho, em razão da vulnerabilidade que caracteriza, em regra, o candidato ao emprego, o qual pode vir a se deparar com exigências ou requisitos para admissão atentatórios a estes direitos ínsitos à sua condição de cidadão.

⁷⁰⁰ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 131.

⁷⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de – **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 25.

⁷⁰² FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do trabalho**. 14ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 188.

do trabalhador, quanto aos aspectos espaciais e temporais, inclusive conflitando com as demais esferas de sua existência, como a familiar; por fim, a execução do contrato de trabalho envolve uma implicação profunda da pessoa do trabalhador, nas suas várias dimensões, e não apenas sob o aspecto técnico-profissional.

Ao indagar como se poderia evitar que esta relação de poder na qual está inserido o trabalhador – caracterizada pela sujeição a ordens, proibições e permissões do empregador – se transforme em uma relação de exploração, Fábio Rodrigues Gomes se posiciona da seguinte maneira:

“A resposta é simples: conferindo, àquele que está subordinado, os direitos morais indispensáveis à preservação da sua igual autonomia criativa sobre o que considera bom para si. Reconhecer as suas peculiaridades, de modo a manter, nas mãos do homem que trabalha sob as diretrizes alheias, a capacidade de valorar as suas alternativas de ação de escolher livremente qual delas executar. Esta é a função dos direitos fundamentais dos trabalhadores subordinados ao poder patronal. Esta é a justificativa moral apta a imunizar os direitos constitucionais dos empregados, positivados/institucionalizados na Constituição histórica, dos ataques oriundos das maiorias eventuais e /ou dos poderes (de fato) nacionais e globais”⁷⁰³.

Na mesma linha, Vólia Bonfim Cassar salienta que a Constituição brasileira de 1988 “é uma Constituição social, preocupada com o combate da exploração do homem pelo homem e defende a aplicação direta dos princípios nela contidos como meio de reforçar a proteção aos hipossuficientes”⁷⁰⁴.

Sandra Lia Simón observa, a propósito, que o poder de direção do empregador, que se fundamenta no seu direito de propriedade, encontra limites que visam a proteger a parte mais vulnerável da relação empregatícia, ou seja, o trabalhador, que é aquele que desprende a sua força de trabalho, sem deter os meios de produção. Caso estas limitações não existissem, a liberdade, que é um dos requisitos básicos da relação de trabalho, restaria violada e poderia configurar-se o trabalho forçado, típico das sociedades escravagistas, ferindo-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁷⁰⁵.

⁷⁰³ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 133.

⁷⁰⁴ CASSAR, Vólia Bonfim – Tendências do direito do Trabalho e flexibilização de suas regras. In BARBOSA, Amanda; BUGALHO, Andréia Chiquini; SANTOS, Luiza de Oliveira Garcia Miessa dos, org. - **Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 16.

⁷⁰⁵ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 121.

Por sua vez, Guilherme Machado Dray⁷⁰⁶ salienta que o regime dos direitos fundamentais dos trabalhadores, aliado ao regime dos direitos de personalidade, garante um núcleo de proteção dos direitos pessoais de cidadania, em nome do princípio da proteção do trabalhador. A consagração de direitos fundamentais dos trabalhadores, enquanto categoria especialmente identificada pela Constituição e que nela merece um tratamento distintivo e particularmente tutelar, é, igualmente, uma projeção do princípio da proteção do trabalhador. É em nome deste princípio que o texto constitucional português atribuiu aos trabalhadores determinados direitos que visam a compensar uma tendencial situação de inferioridade em que se encontram, quer do ponto de vista negocial, quer do ponto de vista econômico, social e jurídico.

Conforme o referido autor, o princípio da proteção do trabalhador exerce esta função marcadamente tutelar, garantindo um conjunto de direitos que visam à proteção dos direitos pessoais do trabalhador e, por esta via, a proteção da sua dignidade. É deste princípio geral que resulta, consequentemente, a defesa da dignidade do trabalho na constância ou execução do contrato de trabalho, podendo servir de elemento de referência à resolução de casos concretos, atuando de forma similar ao esquema de “interpretação conforme com a Constituição”. “A interpretação conforme com o princípio da proteção do trabalhador” pode, afinal, facilitar a utilização de elementos argumentativos destinados a permitir a solução de casos concretos, de acordo com os valores do sistema juslaboral. “Em última instância, tal como na ‘interpretação conforme a Constituição’, a ‘interpretação conforme com o princípio da proteção do trabalhador’ pode traduzir-se em conceder algum relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, a este princípio e à pauta de valores dele emergente”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 646-648. O autor também esclarece que, por um lado, a Constituição garante determinados direitos fundamentais a todos os cidadãos, enquanto quadro geral de aplicação; tendo em conta, todavia, a especial debilidade do trabalhador, a Constituição vai mais longe e consagra um conjunto de direitos fundamentais especificamente dirigidos aos trabalhadores, sendo certo que este regime especial, encerrando “direitos, liberdades e garantias”, vincula os poderes públicos e privados, sendo como tal diretamente oponível aos próprios empregadores, para além de o seu regime dever ser respeitado pelas leis de revisão constitucional. Por outro lado, no plano infraconstitucional, o Código Civil garante determinados direitos de personalidade a todos os cidadãos, em geral; tendo em conta, todavia, a especial debilidade do trabalhador na relação de trabalho, o subsistema laboral consagra, também, no Código do Trabalho, um regime de direitos de personalidade especialmente vocacionado para garantir a proteção dos trabalhadores, proporcionando-lhes um regime de tutela especificamente autonomizado face ao regime geral do Código Civil; em ambos os casos: quer a autonomização de direitos fundamentais dos trabalhadores, quer a consagração, no Código do Trabalho, de um regime especial de direitos de personalidade aplicáveis à relação de trabalho, bem como de um regime relativo à igualdade e não discriminação, tem uma linha condutora e um guião únicos – ambos decorrem do “princípio da proteção do trabalhador” e ambos são projeções diretas deste princípio na parte relativa à defesa dos direitos pessoais daquele que é a parte mais fraca do contrato de trabalho: o trabalhador.

⁷⁰⁷ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 648.

Para Teresa Alexandra Coelho Moreira⁷⁰⁸, o poder empregatício tem de conciliar-se, necessariamente, tanto com exigências de legalidade, de lealdade, de proporcionalidade e de boa fé, como com a devida proteção da dignidade e da privacidade dos trabalhadores. Se o empregador tem o direito de direção e de controle da prestação de trabalho, só o poderá fazer após assegurar a maior transparência possível no seu exercício, assim como a proporcionalidade do método utilizado e de sua adequabilidade. Assim, se é legítimo o poder do empregador, este não pode ser exercido segundo o seu livre arbítrio, sem respeito pelos procedimentos, sob pena de se tornar um poder coercitivo de todos os momentos da vida dos trabalhadores no local de trabalho e, mesmo, fora dele. Deve, por isso, cumprir vários requisitos para que os direitos fundamentais dos trabalhadores e as previsões legais sejam respeitadas, devendo ser analisado em cada caso concreto se a conduta patronal respeita as exigências de proporcionalidade, de transparência e de boa fé.

Verifica-se, assim, que os direitos dos trabalhadores estampados de forma ampla na Constituição da República e na legislação infraconstitucional revestem-se, em regra, do caráter de indisponibilidade⁷⁰⁹.

Letícia de Campos Velho Martel⁷¹⁰, ao examinar o conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, destaca que o tema é confuso na doutrina, na legislação e na jurisprudência, sendo tratado ora como aquilo que não é passível de abdicação, ora como direito marcado por interesse público ou coletivo ou, ainda, como a possibilidade de o titular postular um interesse em juízo. Partindo da premissa de que a indisponibilidade é conexa à ideia de manifestação de vontade do titular para abdicar do direito, a autora propõe o seguinte conceito de disponibilidade de direitos fundamentais:

“Entende-se que dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento. Os elementos que formam o conceito são: a) o tripé: a.1) a titularidade da dimensão subjetiva; a.2) a intersubjetividade;

⁷⁰⁸ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 380-383.

⁷⁰⁹ CÉSAR, João Batista Martins – **A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 20.

⁷¹⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho – Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang, coord. - **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 75-111.

a.3) o objeto da relação jurídica de direito fundamental; b) o consentimento; c) enfraquecimento de posições jurídicas de direito fundamental”.

Quanto à titularidade da dimensão subjetiva, explica que o sujeito somente pode fazê-lo em relação às posições subjetivas das quais é o titular. A intersubjetividade, por outro lado, é o aspecto relacional que envolve os direitos subjetivos, no sentido de que a disposição exige a modificação (alteração, criação ou extinção) de posições subjetivas de direitos fundamentais, que envolvem, necessariamente, dois sujeitos. O objeto da relação jurídica de direito fundamental diz respeito à ação ou à alternativa de ação do titular do direito, que implica uma movimentação da posição quanto aos seus sujeitos e ao seu objeto (o bem protegido).

Em relação ao consentimento, ressalta que toda disposição de direitos fundamentais é autônoma, na medida em que se consubstancia no comportamento do titular que autoriza e justifica a ação do outro sujeito, sendo a voluntariedade condição necessária para que haja a disposição. No que concerne ao último elemento do conceito, admite que a disposição de direitos fundamentais geralmente é considerada uma desvantagem para quem a realiza, ressaltando, porém, que nem sempre isso ocorre, pois, ao se autolimitar, o titular empodera o outro sujeito da relação, permitindo-lhe agir de maneira que não poderia se não houvesse o consentimento. Há, assim, uma “troca de uma posição mais forte ou protegida para outra mais fraca ou desprotegida”. Deve-se levar em conta não apenas a desvantagem fática para aquele que realiza a disposição, mas a qualidade do consentimento e as situações em que ele pode ser considerado suficiente, com o que será possível eliminar o risco de “violação ou menosprezo dos direitos fundamentais, por meio de manifestações de vontades viciadas, porque sujeitas a baixas condições econômicas, sociais ou educacionais”. Procura-se evitar, portanto, uma valorização excessiva do consentimento, em detrimento de uma indagação criteriosa a respeito da real manifestação de vontade do titular do direito.

Segundo Fábio Rodrigues Gomes⁷¹¹, a estrutura conceitual acima permite compreender a razão pela qual algumas flexibilizações autônomas ou disponibilidades vêm se tornando cada vez mais acessíveis nas relações de emprego, bem como “o porquê de algumas alterações contratuais, supostamente prejudiciais ao trabalhador subordinado, quando postas à luz do dia, mostrarem-se menos nocivas do que apareciam à primeira vista”. Afastando veementemente qualquer defesa de um “vale-tudo decisório”, o autor ressalta a necessidade de

⁷¹¹ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 409-410.

recorrer às ferramentas da nova hermenêutica, de modo a se elaborar uma linha de raciocínio mais coerente e organizar as ideias de forma mais razoável.

Como se percebe, a disposição de um direito fundamental depende da manifestação de vontade de seu titular, configurando o que a doutrina denomina de flexibilização autônoma. Para os fins deste trabalho, porém, é relevante analisar a chamada flexibilização heterônoma, isto é, a restrição de um direito fundamental do trabalhador realizada por um terceiro, como o Estado, o sindicato ou o empregador. Faz-se necessário, pois, diferenciar a indisponibilidade da restrição de direitos fundamentais.

Jorge Miranda ensina que os direitos, as liberdades e as garantias se caracterizam como formas de realização e de defesa dos indivíduos e, também, como padrões objetivos de ordem pública. Devem, por isso, ser vistos como conexos a interesses, princípios e valores a eles inerentes e “que sobre eles, verificados determinados pressupostos e balizas, prevalecem”, donde resultam “as restrições enquanto reduções de conteúdo e de âmbito de proteção desses direitos”⁷¹².

A propósito, Fábio Rodrigues Gomes⁷¹³ esclarece que a indisponibilidade provém de um ato autônomo do titular do direito (o trabalhador), que traz a justificativa procedimental para o comportamento do outrora destinatário do dever jurídico correspondente (o empregador). Já a restrição de direitos fundamentais traduz-se em uma limitação de direito fundamental oriunda de um ato de terceiro, que não a pessoa do titular. Neste caso, ao contrário do que ocorre na indisponibilidade, a justificativa para a compressão é substantiva, pois se apoia em um direito material que está em colisão com o direito material específico do empregado.

Adverte que o tema relativo à restrição de direitos fundamentais dos trabalhadores é complexo, impondo-se a fixação de uma diretriz ou de um parâmetro, a fim de que a restrição ou flexibilização heterônoma signifique “(1) a redistribuição dos recursos oriundos do empregador ou decorrentes da intervenção do Estado, desde que ela não afete a satisfação das necessidades básicas dos empregados e (2) a desconsideração, temporária e pontual, das diferenças que os definem, mas não para afrontar, e sim, para reforçar as individualidades em jogo”.

Pondera, outrossim, que, sob este ponto de vista, é possível compreender que certas intervenções são justificáveis, propondo, como critérios para aferir se restrições a direitos

⁷¹² MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 457.

⁷¹³ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 416-418.

fundamentais dos trabalhadores são ou não legítimas, as seguintes indagações: “a retirada de recursos, tal como implementada, foi fruto de legítima cooperação das partes contratantes, da utilização proporcional da atividade de gestão (*jus variandi*) ou da imposição (coação) unilateral dos donos do poder? Esta retirada compromete a satisfação das necessidades básicas do empregado? Ou, ainda, as diferenças implícitas à sua individualidade estão sendo lançadas contra ele ou a seu favor? Enfim: houve ou não violação do núcleo essencial de algum direito fundamental do trabalhador?”

Deve-se, portanto, atentar para a capacidade de escolha do indivíduo, de modo a saber se esta foi preservada, promovida ou vilipendiada. Caso os direitos fundamentais do trabalhador tenham sido excessivamente comprimidos, a ponto de caracterizar sua violação, caberá ao Poder Judiciário interferir.

Partidário da concepção do direito enquanto argumentação, o mesmo autor sustenta a necessidade do desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica “com base em critérios, a fim de que não descambemos para a pulverização da segurança ou para que não fiquemos reféns da justiça particular do detentor eventual do poder”.

Examinando o tema, Jorge Miranda apresenta as seguintes indagações: as restrições de direitos fundamentais podem ser consideradas como um elemento exterior aos direitos, de forma a reduzir o seu conteúdo ou âmbito de incidência ou, ao contrário, seria algo que faz parte de seu conteúdo? Os direitos, as liberdades e as garantias existem por si mesmos ou a restrição lhes subtrai uma parcela ou, ainda, o direito somente existiria com o conteúdo advindo da própria restrição?⁷¹⁴

As discussões em torno de tais questionamentos, com vistas a parametrizar a restrição dos direitos fundamentais, fizeram surgir duas vertentes teóricas principais.

A primeira, chamada de teoria externa, prevê duas fases de interpretação: uma voltada à construção do âmbito de proteção, com a maior amplitude possível, e outra, à análise da intervenção restritiva exterior sofrida pelo âmbito inicial, de maneira a, constatada a legitimidade da restrição, desenhar um âmbito de garantia efetivo que não mais admitirá limitações vindas de terceiros⁷¹⁵.

A segunda, denominada teoria interna ou dos limites imanentes, sustenta que existem limites lógicos, oriundos da própria estrutura e natureza do direito. Segundo esclarece Ana

⁷¹⁴ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 465.

⁷¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 292-309.

Paula de Barcellos, como os limites já estão contidos no próprio direito, não se trata de uma restrição imposta a partir do exterior. A autora ressalta que a doutrina diverge quanto às consequências da construção dos limites imanes: alguns entendem que, por conta destes limites, a abrangência de cada direito é menor do que se supõe inicialmente, razão pela qual afirmam que cabe ao intérprete apenas declarar tais limites pré-existent, refutando a existência de verdadeiros conflitos envolvendo direitos fundamentais e afastando a necessidade ou utilidade da ponderação; para outros, embora os limites imanes realmente superem muitos conflitos que são apenas aparentes, podem persistir alguns conflitos envolvendo direitos mesmo depois de considerados os referidos limites, sendo a ponderação o único meio de saná-los⁷¹⁶.

Jorge Miranda⁷¹⁷, adepto da teoria externa, reputa-a mais adequada ao princípio da liberdade e mais propícia a formas efetivas de controle perante intervenções abusivas do legislador à margem dos princípios constitucionais que asseguram a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias. Em sua visão, a teoria interna, levada às últimas consequências, poderia negar o verdadeiro alcance dos indigitados princípios.

Fábio Rodrigues Gomes⁷¹⁸ salienta, porém, que as duas vertentes acima mencionadas não podem ser utilizadas isoladamente no mesmo processo argumentativo, pois “ou o direito definitivo seria estabelecido *a posteriori* (como resultado da ponderação) ou *a priori* (como decorrência de sua limitação intrínseca)”, razão pela qual faz-se necessária uma “acomodação hermenêutica”. Reunindo critérios destacados por diversos estudiosos do tema, sustenta que devem ser acolhidas as seguintes premissas lógicas:

“(1) os direitos não são absolutos; (2) existem hipóteses absurdas (ou insustentáveis axiologicamente) que devem ser afastadas de plano; (3) as duas vertentes teóricas cuidam do problema da fundamentação das decisões; (4) via de regra, elas chegam ao mesmo resultado, e (5) a linguagem – matéria-prima na construção do enunciado normativo – possui um sentido convencional, mínimo ou paradigmático, que retira a interpretação do vácuo e gera um ponto de partida, uma ideia por onde começar”.

Conclui, então, pela viabilidade de um “modelo misto”, no qual o “âmbito de proteção” inicialmente delimitado não seja tão amplo, a ponto de abarcar todas as situações imagináveis, o que tornará desnecessário submeter questões aberrantes ao crivo da proporcionalidade, pois

⁷¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59-63.

⁷¹⁷ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 465.

⁷¹⁸ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 419.

existem determinados significados que podem ser excluídos desde logo do campo de proteção dos direitos fundamentais, sem que se possa falar de uma “limitação imanente irrefutável, próxima de um ato arbitrário”. Nestes casos, o que ocorrerá é a inversão do ônus argumentativo, cabendo ao outro participante da relação expor suas razões contrárias ao “sentido mínimo socialmente aceito”. Reconhece, contudo, que, embora a argumentação jurídica exerça um importante papel na análise das restrições de direitos fundamentais, a ponderação ocupa posição central no método a ser implementado, pois proporciona maior objetividade, controlabilidade, transparência e capacidade de persuasão⁷¹⁹. E não há como falar em ponderação sem referência prévia aos ensinamentos de Ronald Dworkin e de Robert Alexy⁷²⁰.

Todavia, é preciso destacar, inicialmente, que, diante da necessidade de adequação às diversas possibilidades fáticas que circundam a realidade, os direitos fundamentais apresentam-se como enunciados dotados de intensa carga axiológica e de conteúdo extremamente aberto, potencializando o risco de colisão⁷²¹ em face dos interesses contrapostos que caracterizam as relações jurídicas, notadamente aquelas de natureza assimétrica, como as relações de trabalho, em face da vulnerabilidade da figura do prestador dos serviços. Neste diapasão, como verdadeiros princípios constitucionais, devem ser tratados como legítimos mandamentos de otimização, buscando-se, à medida do possível, a sua máxima efetividade.

No contexto dos estudos contemporâneos sobre direitos fundamentais, a constatação de que a força normativa da Constituição implica a força normativa dos princípios jurídicos que descortinam esses direitos impulsionou a formulação de modelos hermenêuticos peculiares, que pretenderam estabelecer, com viés de concretização, os contornos apropriados ao reconhecimento constitucional da sua eficácia. Esta postura, ante a generalidade dos enunciados normativos sobre direitos fundamentais, os quais os distanciavam da arraigada fórmula “hipótese normativa/consequência jurídica”, demandou o abandono definitivo da antiga

⁷¹⁹ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 420. De acordo com Robert Alexy, independentemente de como se denomine o processo de decisão, o intérprete não poderá deixar de aplicar um raciocínio ponderativo. ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 217, 1999, p. 76.

⁷²⁰ As bases teóricas referenciais de toda a discussão que envolve a estrutura dos direitos fundamentais são encontradas nas obras de Ronald Dworkin, dentro da tradição do *common law*, e de Robert Alexy, na tradição jurídica ocidental romano-germânica.

⁷²¹ “Configura-se uma situação de colisão de direito quando, num caso concreto, a proteção jurídica emergente do direito fundamental de alguém colida com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteger outros bens ou interesses constitucionais”. ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos fundamentais – Introdução geral**. Cascais: Principia, 2007. p. 116.

compreensão dos princípios como meros informadores ou inspiradores do intérprete, passando à categoria de verdadeiras prescrições obrigatórias de comportamento; de normas jurídicas, portanto. A esse escopo serve, enfim, a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos, como espécies do gênero “norma jurídica”⁷²².

Postando-se contra o positivismo jurídico, Dworkin aponta para a sua insuficiência em face dos casos difíceis (*hard cases*), cuja solução demanda, além das regras, a articulação de princípios e diretrizes políticas, defendendo uma distinção lógica entre regras e princípios, perceptível quanto à “natureza da orientação que oferecem”. De acordo com esta teoria, as regras comportam aplicação disjuntiva, mas admitem exceções, desde que exaustivamente enumeradas. Desta forma, melhor se adaptam à aplicação do método subsuntivo, em razão da enunciação clara da hipótese normativa e da consequência jurídica. Os conflitos entre regras são resolvidos no plano da validade jurídica, observando-se outras regras próprias para o enfrentamento dessa antinomia, de modo que a validade de uma regra implica a invalidade da confrontante. Os princípios, por outro lado, “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Possuem, assim, uma dimensão que falta às regras: a dimensão do peso, que submete a solução de eventual colisão ao exame (ponderação ou sopesamento) da “força relativa” de cada princípio colidente⁷²³.

Levando em conta a distinção proposta por Dworkin, Robert Alexy desenvolveu os argumentos a favor de uma teoria dos princípios baseada em três ideias centrais: otimização, lei de colisão e ponderação. Neste sentido, leciona:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas, também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve fazer-se exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações, no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não, uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio”⁷²⁴.

⁷²² BELTRAMELLI NETO, Silvio – **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 163.

⁷²³ DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-43.

⁷²⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

Assim, princípios são mandamentos de otimização que não guardam hierarquia formal ou material entre si, do que se extraem duas conclusões relevantes: a inexistência de prevalência absoluta de qualquer deles e sua invariável referência a “ações e situações (*a priori*) não quantificáveis”⁷²⁵, constatações essas que conduzem à questão de seu necessário sopesamento ou ponderação no caso de colisão, bem como da aferição da proporcionalidade nas hipóteses de restrição de um princípio por uma regra⁷²⁶.

A ponderação se realiza na exigência do exame dos pesos dos princípios acaso colidentes, subjacente à formulação de seu desfecho. Se os princípios são definidos como mandamentos de otimização, em face das possibilidades jurídicas e fáticas, à ponderação incumbirá a delimitação das possibilidades jurídicas dessa otimização, pois “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico”⁷²⁷.

Silvio Beltramelli Neto⁷²⁸ afirma que a ponderação está adstrita à observância da concepção segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁷²⁹. É a expressiva relevância da satisfação de um princípio que leva à não satisfação de outro, sendo que esta análise pode ser representada por três investigações sucessivas: 1ª) qual o grau de não satisfação ou afetação do princípio atingido? 2ª) qual o grau de importância da satisfação do princípio colidente? 3ª) o grau de importância da satisfação do princípio colidente justifica o grau de satisfação do princípio afetado?

De acordo com o mesmo autor, a colisão provocará o estabelecimento de diferença nas intensidades dos efeitos dos princípios colidentes, por conta do final prevalecimento de um deles, nas contingências próprias do conflito tutelado. Fora de outro modo, não terá havido real colisão de princípios, mas tão somente uma harmonização ótima deles, todos em seu ponto máximo.

⁷²⁵ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

⁷²⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio – **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 165.

⁷²⁷ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

⁷²⁸ BELTRAMELLI NETO, Silvio – **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 165-167.

⁷²⁹ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 593.

Afirma, ainda, que, enquanto a lei de colisão é decorrência do entendimento dos princípios como mandamentos de otimização e almeja dar contornos mais efetivos à “metáfora do peso”, no modo idealizado por Dworkin, a máxima da proporcionalidade pode ser entendida como um teste de legalidade a que é submetida a aludida regra (mandamento definitivo) resultante do procedimento de ponderação. Esta técnica impõe ao intérprete/aplicador do Direito que aprecie a validade jurídica da medida, investigando as possibilidades fáticas de otimização pelo exame das máximas parciais da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷³⁰.

A proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao exercício da ponderação, pois repete a concepção segundo a qual quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro, ponderação essa que resultou na medida cuja proporcionalidade se queria examinar. Ressalte-se, outrossim, que a observância da máxima parcial da proporcionalidade exige que a análise dela e das duas outras ocorra, necessariamente, de modo sucessivo e na ordem apresentada, com sentido de subsidiariedade, ou seja, a aferição da proporcionalidade da providência interventiva/restritiva só terá lugar após a aceitação da sua necessidade, e esta, por sua vez, também só poderá ser perquirida após concluir-se pela respectiva adequação⁷³¹.

Na mesma direção, Jorge Bacelar Gouveia enfatiza que o princípio da proporcionalidade induz de forma imediata o sentido de uma “atuação jurídico-pública excessiva” e se desdobra em três vertentes: a adequação, a necessidade e a racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito. No que concerne à adequação, explica que deve haver uma “relação de idoneidade” entre a atitude que se pretende adotar e o fim que ela se propõe a alcançar. Assim, “a providência é adequada se se apresentar apta à obtenção do resultado que lhe foi normativamente destinado”. Já a necessidade significa que, uma vez considerada a providência adequada, deve-se analisar a sua “indispensabilidade”, comparativamente àquelas que sejam equivalentes para a obtenção do resultado pretendido. Ou seja, “a providência é necessária se outra não houver que seja, do ponto de vista da respectiva lesividade, menos gravosa”. Enfim, a

⁷³⁰ Será adequada a medida efetivamente apta a, na prática, fomentar ou definitivamente alcançar o objetivo a que se propõe. Será necessária a medida caso “a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Por fim, será proporcional a medida, em sentido estrito, se ainda prevalecer após a ponderação “entre a intensidade da restrição ao princípio de direito fundamental atingido e a importância da realização do princípio fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”. ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38-40.

⁷³¹ BELTRAMELLI NETO, Silvio – **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 167-168.

proporcionalidade em sentido estrito se traduz na “providência racional caso os efeitos escolhidos, dentro do tipo de medida ou de efeito especificamente considerado adequado e necessário, se apresentem equilibrados, em acórdância com uma avaliação entre os custos a suportar e os benefícios a atingir”⁷³².

Por sua vez, Humberto Ávila⁷³³ conceitua a ponderação de bens como um “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”. Ressalta, porém, que “a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e razoabilidade”, razão pela qual sua utilidade para a aplicação do Direito depende de uma estruturação, por meio da inserção de critérios. É importante, ademais, separar os elementos que serão objeto de ponderação, que, embora relacionados, podem ser dissociados, a saber: os bens jurídicos (situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos), os interesses (os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter), os valores (o aspecto axiológico das normas, que indicam que algo é bom e digno de ser buscado ou preservado) e os princípios (o aspecto deontológico dos valores, pois determinam que um estado de coisas não apenas vale a pena ser buscado, mas deve ser promovido).

Edilson Pereira de Farias fixa três princípios doutrinários nos quais a ponderação deve embasar-se, tendo como objetivo o sacrifício mínimo dos direitos envolvidos na colisão: 1) o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual os preceitos nela insculpidos devem ser interpretados como um todo, e não de forma isolada; 2) o princípio da concordância prática, que significa que a interpretação a ser realizada, quanto aos preceitos constitucionais, deve almejar a efetiva harmonização, de modo a alcançar a concretização máxima dos direitos envolvidos⁷³⁴; 3) o princípio da proporcionalidade, entendido no sentido de que a prevalência

⁷³² GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 825-826.

⁷³³ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143-144.

⁷³⁴ Quanto à concordância prática, como fim que deve orientar a ponderação, Humberto Ávila destaca que esse “postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários”, sendo necessário, portanto, harmonizá-los, buscar um equilíbrio entre eles, visando à sua máxima proteção. Ressalta, porém, que a ponderação ou a concordância prática não indicam os critérios formais ou materiais para a promoção das finalidades entrelaçadas, consubstanciando, na verdade, “estruturas exclusivamente formais e despidas de critérios”. Salienta, ainda, que a razoabilidade e a proporcionalidade é que permitem “estruturar a realização das normas constitucionais”. ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 145.

de um determinado direito sobre outro deve ser absolutamente necessária para a solução da colisão⁷³⁵.

Nas lições de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷³⁶, o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não veda a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais, embora as submeta a diversos e severos requisitos. Assim, para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação das seguintes condições: a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição; b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo; e d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito⁷³⁷.

Para os renomados juristas, consideração particular, neste contexto, exige o caso em que a lei pretende revelar limites que não se encontram previstos ou mencionados na Constituição, mas que hajam de entender-se implicitamente decorrentes do seu texto, designadamente por efeito de colisão de direitos: são as restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, tradicionalmente conhecidas como “limites imanentes”. E esses limites têm sempre de resultar da necessidade de conjugar ou compatibilizar os direitos fundamentais com outros direitos ou bens constitucionais. Por isso, não se pode recorrer a valores extraconstitucionais ou sem adequada densidade constitucional para justificar a introdução de restrições não expressamente autorizadas⁷³⁸.

⁷³⁵ FARIAS, Edilson Pereira de – **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 98.

⁷³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 388-389.

⁷³⁷ Estas condições podem ser extraídas do preceito contido no artigo 18º da Constituição da República Portuguesa, ao disciplinar a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 31.

⁷³⁸ A problemática dos limites imanentes percorre toda a questão afeta à compressão e limitação dos direitos fundamentais. São três os requisitos que devem ser respeitados: a) que a lei se limite a revelar ou a concretizar limites de algum modo presentes na Constituição, não sendo de admitir que se criem autonomamente limites supostamente imanentes; b) que a definição de tais limites seja o único meio de resolver conflitos de outro modo insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza; c) que tais limites reduzam o âmbito do direito ou direitos atingidos apenas na medida estreitamente necessária à superação do conflito. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 389.

Jorge Miranda destaca que todas as restrições aos direitos fundamentais, sejam elas implícitas ou explícitas, somente podem ser admitidas por meio de uma correta interpretação objetiva e sistemática da Constituição, caracterizando-se, desse modo, uma “reserva de Constituição”, pois é dentro dela, e não fora, que as restrições têm de se legitimar⁷³⁹.

Sandra Lia Simón observa, porém, que os direitos integrantes do rol das liberdades públicas são demasiadamente extensos, razão pela qual “muitas vezes, na efetivação de um deles, pode acontecer o confronto direto com outro, que tem, no ordenamento jurídico (normalmente, na Constituição), o mesmo patamar hierárquico”. Em razão disso, na esfera laboral, pode haver um choque entre os direitos fundamentais do empregador (propriedade, livre iniciativa, por exemplo) e os do empregado (intimidade, vida privada etc.)⁷⁴⁰.

No âmbito das relações de trabalho, considerando todos os desdobramentos do poder diretivo do empregador decorrentes do princípio constitucional de liberdade da empresa e que são suscetíveis de restringir os direitos dos trabalhadores, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para Teresa Alexandra Coelho Moreira⁷⁴¹, com base no princípio da adequação ou da idoneidade, o empregador deve adotar o meio adequado para a prossecução dos fins por ele pretendidos. O princípio da necessidade, da exigibilidade ou da indispensabilidade impõe que a restrição seja efetivamente necessária, não havendo meio menos gravoso para alcançar o objetivo colimado. Finalmente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito implica uma justa medida, inviabilizando medidas desproporcionais ou excessivas em relação à finalidade almejada. Verifica-se, assim, que o princípio da proporcionalidade está diretamente relacionado à noção de imprescindibilidade, do que se extrai que as exigências do empregador somente serão legítimas nos casos em que se apresentem como indispensáveis, inexistindo qualquer outra possibilidade menos restritiva no tocante aos direitos fundamentais do trabalhador para a satisfação do legítimo interesse patronal, o que deve ser casuisticamente apreciado, dependendo das atribuições exercidas pelos trabalhadores e da própria natureza da atividade empresarial.

⁷³⁹ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 463.

⁷⁴⁰ SIMÓN, Sandra Lia – **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. p. 122.

⁷⁴¹ MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 381-386.

Destarte, o critério adotado de tripla condição de juízo de idoneidade, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito assume uma grande importância para a resolução de diversos conflitos, vindo a ser utilizado para resolver a questão dos limites aos poderes do empregador.

Segundo a citada autora, os requisitos a que se condiciona o exercício regular do poder empregatício estão a servir para definir as recíprocas influências e a estabelecer o equilíbrio entre as obrigações contratuais do empregador e os direitos à dignidade e à privacidade dos trabalhadores, operando, simultaneamente, uma revisão no conceito deste poder que era muito amplo, estabelecendo uma ordenação mais coerente com o valor dos direitos fundamentais na relação de trabalho.

Nesta perspectiva, Paula do Couto Quintas adverte que a compressão de direitos só será legítima face à adequação funcional pretendida pelo empregador e, quando esteja em causa a afetação do núcleo de direitos de personalidade essenciais, sob pena da excessividade de tal compressão, que se transfiguraria em eliminação da *persona* do trabalhador, por amordaçamento. Ressalta, ainda, que a eficácia dos direitos fundamentais pode ser comprimida quando se oponham interesses legítimos do empregador, destacando que o princípio da concordância prática, ao ser eleito como critério de resolução de conflitos de valores constitucionais, pretende afastar uma hierarquização desses bens constitucionais. Afirma, por último, que a questão da colisão de direitos ocorre quando, perante um mesmo caso concreto, há que proteger direitos ou bens jurídicos pertencentes a titulares diferentes, enfatizando, outrossim, ser essencial a aplicação do princípio da otimização de direitos e bens constitucionais para uma resolução juridicamente adequada⁷⁴².

Guilherme Machado Dray⁷⁴³ ressalva, contudo, que, assim como nos Direitos Reais se descortina um núcleo irreduzível no domínio do direito de propriedade, que, sem prejuízo das limitações que lhe possam ser impostas, mantém como núcleo essencial irreduzível o direito de usar e de dispor da coisa, também o Direito do Trabalho envolve, necessariamente, os valores da liberdade, da proteção da dignidade do trabalho e de quem o presta e o da proteção dos direitos pessoais de cidadania do trabalhador, que agrupam normas relativas à igualdade e não discriminação no acesso ao emprego e no trabalho e aos direitos de personalidade do

⁷⁴² QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 380.

⁷⁴³ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 838-843.

trabalhador, bem como os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na “Constituição Laboral”.

Está em causa um conjunto específico de valores próprios do Direito do Trabalho, que parte da ideia do trabalhador como uma pessoa na plenitude dos seus direitos, que atua e exerce a sua atividade de forma livre e protegido por um complexo de direitos de personalidade atuantes no mundo do trabalho: a liberdade de expressão e de opinião, a reserva da intimidade da vida privada e familiar, a integridade física e moral e a confidencialidade de mensagens e de acesso à informação. Mais do que isso: o princípio da igualdade e a proibição de discriminação no acesso ao trabalho e emprego integram um dos valores básicos do sistema laboral, que abarca, também, alguns valores humanos básicos, como sejam a proteção da maternidade e da paternidade, dos menores e das pessoas com capacidade de trabalho reduzida, que encontram tutela especial no Código do Trabalho português.

Argumenta o supracitado autor, outrossim, que o princípio da proteção do trabalhador atua não só a nível interpretativo-aplicativo ou enquanto elemento normativo – neste caso, na formação, execução e cessação do contrato de trabalho –, mas também enquanto elemento de conformação da produção legislativa, protegendo um “núcleo irredutível de direitos” que faz parte do seu código genético e sem o qual o sistema de valores do Direito do Trabalho é posto em causa.

Seguindo a mesma linha, Marcelo Freire Sampaio Costa destaca que, “quando houver embate de princípios igualmente válidos e hierarquicamente iguais, há de prevalecer, salvo em situações excepcionais, na solução do conflito, o princípio da proteção ao hipossuficiente”⁷⁴⁴.

Vólia Bonfim Cassar ressalta a necessidade de “ponderação entre a flexibilização das relações de trabalho e a realização dos valores sociais preservadores da dignidade do ser humano que trabalha, através da aplicação da teoria pós-positivista dos princípios constitucionais, priorizando o homem, o trabalhador e sua dignidade, sempre à luz das necessidades brasileiras”⁷⁴⁵.

Fábio Rodrigues Gomes sustenta, por sua vez, que, “não obstante estarmos inseridos na esfera mais flexível (porque inexoravelmente argumentativa) do direito, o empregador não terá como se eximir de justificar racionalmente a flexibilização heterônoma ou o ato restritivo

⁷⁴⁴ COSTA, Marcelo Freire Sampaio – **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 54.

⁷⁴⁵ CASSAR, Vólia Bonfim – Tendências do direito do Trabalho e flexibilização de suas regras. In BARBOSA, Amanda; BUGALHO, Andréia Chiquini; SANTOS, Luiza de Oliveira Garcia Miessa dos, org. - **Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 16.

do direito fundamental específico do seu empregado”, não sendo suficiente a mera alegação de que a restrição de um direito fundamental do empregado decorreu da necessidade de um melhor funcionamento da empresa. Assim, a arguição de eficiência administrativa pode não bastar à racionalização da restrição, pois, dada a natureza nebulosa dos direitos fundamentais, corre-se o risco de deparar-se com o chamado núcleo essencial⁷⁴⁶.

A propósito, Ana Paula de Barcellos explica que:

“(…) a ideia de núcleo essencial foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutem do *status* de cláusulas pétreas. Paralelamente a essa garantia ao núcleo, admite-se correntemente na prática jurídica que os direitos possam sofrer conformações (mesmo porque o sentido e os contornos precisos dos direitos não decorrem automaticamente do texto que os prevê) e até mesmo algum grau de restrição, tendo em conta conflitos específicos envolvendo direitos entre si ou direitos e enunciados que consagram fins coletivos. Da conjugação desses dois elementos tem-se a seguinte conclusão: não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado”⁷⁴⁷.

Nas palavras de João Leal Amado⁷⁴⁸, na relação laboral reside o “coração do conflito entre as exigências gestonárias, organizativas e disciplinares do empregador, por um lado, e os direitos do trabalhador, por outro”. Não estão em jogo apenas os direitos do indivíduo especificamente enquanto trabalhador, mas também os seus direitos na qualidade de ser humano e de cidadão. Na maioria das vezes, o que ocorre é um verdadeiro conflito de direitos, que demanda uma “cuidadosa e laboriosa tarefa de concordância prática entre eles, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *strictu sensu*)”.

Com efeito, assiste-se o que o autor chama de “dialéctica aplicação/modulação”: de um lado, a proteção da situação pessoal do trabalhador e a garantia da “cidadania na empresa” impõem a aplicação dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da relação de trabalho; de outro, os interesses legítimos do empregador e sua inequívoca posição de

⁷⁴⁶ GOMES, Fábio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. p. 421.

⁷⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139-141.

⁷⁴⁸ AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 230-232.

supremacia acabam por acarretar certa compressão dos direitos do trabalhador. O tema é controvertido e a discussão se dá em um cenário repleto de conceitos indeterminados, fazendo surgir questões espinhosas, “cujas respostas poderão oscilar em função das circunstâncias concretas que rodeiam cada situação (a natureza da atividade prestada, o tipo de empresa em que se realiza, os usos do sector, etc)”.

É neste complexo panorama ponderativo que se insere o problema relativo à realização de testes genéticos preditivos no âmbito da contratação laboral, em que se põem em colisão os direitos fundamentais do trabalhador (potencial ou efetivo) e da entidade patronal, como, ainda, a depender da função a ser desempenhada e da própria natureza da atividade empresarial, os direitos fundamentais de terceiros, ou mesmo de toda uma comunidade.

Deve-se ter em mente que nenhum direito pode ser tomado como absoluto. Para isso, é preciso que seja feita uma leitura integrada dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais, com a finalidade prática de obter uma convivência harmônica entre eles. O critério orientador do processo de ponderação conducente à decisão sobre a validade de uma restrição a direitos fundamentais terá de ser o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui a base antropológica de um Estado de Direito. O ponto retriz neste domínio deve ser o de que o indivíduo é sempre um fim primeiro e o centro compreensivo da consagração constitucional de um sistema de direitos fundamentais⁷⁴⁹.

Desta forma, surge a necessidade de se buscar uma solução ponderativa, de modo a se atingir, à medida do possível, a máxima efetividade dos direitos fundamentais colidentes, sem, contudo, permitir que a pessoa do trabalhador seja vilipendiada e venha a pagar um elevado preço pelo suposto “progresso da Humanidade”.

4.2. A realização de testes genéticos preditivos para efeito de seleção de pessoal e de despedimento: a busca de uma solução ponderativa

Desde sempre, a medicina foi encarada como um ramo do conhecimento científico vocacionado ao tratamento das manifestações clínicas das diversas afecções que afligem a Humanidade. A possibilidade de prevenir a ocorrência destas doenças modificou o modo de perspectivar a ciência médica. Deste modo, o alvo de atuação deixou de ser exclusivamente o indivíduo doente para ser, de igual forma, a pessoa saudável. Para se obter uma prevenção

⁷⁴⁹ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 65-76.

eficaz, é necessário determinar, em primeiro lugar, quais as pessoas que poderão vir a desenvolver determinada patologia, nascendo assim o conceito de medicina preditiva, passo inicial, mas imprescindível para a implementação generalizada da medicina preventiva.

Conforme explica Rui Nunes⁷⁵⁰, trata-se, para alguns, de uma das mais importantes consequências da análise do genoma humano, o que se convencionou denominar de “Medicina dos 4Ps”: a possibilidade de implementar sistemática e articuladamente uma Medicina Preditiva, uma Medicina Preventiva e uma Medicina Participativa, contribuindo para uma nova filosofia, segundo a qual o doente é um parceiro verdadeiramente ativo, porque geneticamente informado sobre os cuidados de saúde que pode e deve receber, ou seja, uma Medicina Personalizada.

De acordo com o referido autor, no domínio das doenças genéticas, esta capacidade de previsão toma a forma de uma análise probabilística, dado existir grande variabilidade quanto ao grau de penetração da maioria das doenças monogénicas. Mais ainda, as doenças genéticas de expressão tardia, sejam elas monogénicas ou multifatoriais, podem manifestar-se em idades diferentes consoante o indivíduo afetado. Considera-se, de um modo geral, que existem pelo menos quatro situações distintas no que respeita à utilização desta tecnologia: 1) Testes genéticos de diagnóstico (incluídos 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 dominante de início tardio); e 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).

Após a discussão das principais repercussões da análise do genoma humano no âmbito da contratação laboral, faz-se necessário buscar uma resposta à questão afeta à possibilidade de as entidades patronais exigirem de candidatos a emprego e de seus empregados a submissão a testes genéticos preditivos, para efeito de celebração ou de manutenção do contrato de trabalho, cuja decisão final não terá por base uma incapacidade atual, mas uma predição de doenças futuras ou predisposições.

Consoante já exposto, este problema jurídico impõe uma solução ponderada diante da relevância dos direitos em jogo, de ordem fundamental. De um lado, apresenta-se a centralidade da pessoa humana e a sua dignidade na ordem jurídica internacional, juntamente com os direitos

⁷⁵⁰ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 93-94.

ao trabalho, à igualdade de oportunidades e de tratamento, à não discriminação, à integridade física, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à autodeterminação informacional; de outro, a iniciativa econômica e a autonomia de vontade privadas, o direito de propriedade, assim como a liberdade empresarial resultante da conjugação destes últimos; isto sem falar do risco à vida, à saúde e à segurança do próprio trabalhador ou de terceiros, em virtude da natureza da atividade laboral desenvolvida.

Também já se verificou que a ponderação que envolve os direitos fundamentais, por se tratarem de mandamentos de otimização cujos limites não se encontram rigidamente fixados, pauta-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus consectários instrumentais (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a fim de que possam ser devidamente harmonizados, em face das situações fáticas delineadas, de modo que não se atinjam os núcleos essenciais destes mesmos direitos.

Por sua vez, voltando-se à morfologia do consentimento em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, este se impõe como limite absoluto das possibilidades de renúncia a direitos fundamentais, invalidando qualquer restrição que possa ser considerada uma lesão àquele princípio. Tudo residirá em saber a partir de que medida o exercício dessa liberdade não pode ser considerado excessivo, convolvendo-se em obstáculo que elimina as condições da futura autodeterminação e do livre consentimento da personalidade. Assim, “a dignidade da pessoa humana é violada, mesmo com o consentimento do lesado, quando este admita a destruição ou o absoluto espartilho sobre as suas condições de autodeterminação futura, degradando-se, sem possibilidade de correcção, ao nível de um objeto heteronomamente determinado”⁷⁵¹.

No que diz respeito à exigência de realização de testes genéticos por parte da entidade patronal no âmbito da contratação laboral, três possibilidades podem ser descortinadas na legislação estrangeira: a vedação absoluta, como na França e na Finlândia; a proibição como regra, embora admitida a título excepcional, em situações de doenças de evolução rápida ou de doenças agudas e imprevisíveis, como na Alemanha e nos Estados Unidos; e a admissão com legislação de enquadramento, tendo por exemplo a Dinamarca⁷⁵².

⁷⁵¹ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 79. Para o autor, isto significa uma exigência de absoluta confidencialidade e um dever de especial fundamentação para a realização dos testes genéticos. A fundamentação destina-se não só a aferir a iniciativa da propositura da realização dos testes (sabendo-se de quem partiu), como também a respectiva utilidade naquela situação concreta.

⁷⁵² GUERRA, Amadeu – **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. p. 241.

No campo doutrinário, Luís Archer conclui:

“Excepto quando esteja em risco a segurança duma população, os testes de aptidão devem incidir apenas sobre o estado actual de saúde do candidato, e não sobre a previsibilidade das suas enfermidades. Doutro modo, alterar-se-ia o equilíbrio de riscos que deve se manter nos contratos de trabalho. Ao empregador cabe correr o risco de doenças futuras do seu empregado, com as correspondentes consequências económicas. A selecção genética faria incidir todo o risco sobre o trabalhador.

Mais injusta ainda seria a situação em que a selecção genética de empregados particularmente resistentes a determinado material perigoso fosse conduzida pela empresa com a finalidade de reduzir os níveis objectivos de segurança no trabalho. Não é ético que essa redução, motivada por interesses económicos, se faça à custa da discriminação duma faixa da população no seu direito ao trabalho”⁷⁵³.

Para João Nuno Zenha Martins:

“(…) só uma enfermidade existente à data da realização dos testes pode justificar a não contratação, tendo, ainda, esta actuação patronal que passar pelo *filtro* da noção de incapacidade para o exercício daquela função por parte do candidato. A estreiteza temporal entre os testes e a previsão do aparecimento da doença não são argumentos fundados. *Primo Conspectu*, porque a noção de estreiteza ou conexão temporal mostra-se demasiado plástica e pouco consentânea com a necessidade de estabelecimento dos quadros objectivos da análise que se impõem na abordagem desta questão. Depois, a doença ou é actual ou é previsional. A previsionalidade não oferece garantias seguras do apuramento efectivo da doença. É tão somente um juízo de prognose, ainda que cientificamente fundado. Negar o emprego a um cidadão, por ter um heterozigoto para o gene de uma doença seria arbitrário, sendo que a *communis opinio* científica vai no sentido de que os portadores de um gene anormal não correm nem fazem correr perigo e de que a expressão da doença pode até nem ocorrer”⁷⁵⁴.

Amadeu Guerra⁷⁵⁵, em função dos critérios por ele alinhados em relação ao tratamento de dados necessários à admissão de pessoal, entende que deve ser afastada a realização de exames genéticos como condição prévia à celebração de um contrato de trabalho, na medida em que se alcança com grande dificuldade a possibilidade de estabelecer qualquer relação entre o objetivo dos testes e a avaliação da aptidão profissional do candidato ao posto de trabalho. Afirma que as decisões a serem tomadas no contexto da contratação de pessoal devem basear-se, necessariamente, nas qualificações individuais e na capacidade para o desempenho do cargo e não noutras características ou atributos que nada têm a ver com as performances necessárias ao exercício da função objeto de concurso.

⁷⁵³ ARCHER, Luís – Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Acta Médica Portuguesa. Ética em Saúde e Investigação**. Ordem dos Médicos. II Série, Vol. 5, nº 3 (Mar. 1992), p. 140.

⁷⁵⁴ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 27.

⁷⁵⁵ GUERRA, Amadeu – **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. p. 233-242.

Em relação ao controle e vigilância no decurso da relação de trabalho, necessariamente realizados sob a responsabilidade dos serviços de medicina do trabalho, salienta que só em casos muito específicos e pontuais as condições laborais possam ser favoráveis ao desencadeamento e, especialmente, à evolução mais rápida de certas patologias. Nestes casos, argumenta que as medidas preventivas devem ser privilegiadas e as entidades patronais devem, desde logo e independentemente dos seus custos, concentrar esforços nas modificações necessárias para minimizar ou erradicar os riscos profissionais para os trabalhadores.

Ressalta, ainda, que, do ponto de vista jurídico, o recurso à submissão de trabalhadores a testes genéticos não deve ser liminarmente afastado e que a sua realização deverá ser equacionada à luz das disposições vigentes em matéria de segurança, higiene e saúde no trabalho. Para que seja admitida, torna-se necessário comprovar, de forma inequívoca, que o recurso aos testes genéticos será a única via para assegurar o direito à saúde.

Bernardo da Gama Lobo Xavier sustenta que a questão do enquadramento do direito à informação genética não se pode resolver no embevecimento dos direitos fundamentais, pois estes são interativos, sujeitos à concordância prática e em geral à reserva do possível. Cabe distinguir, nos testes relativos à saúde, aqueles que envolvem um diagnóstico certo e atual e aqueles que revelam apenas uma propensão futura (testes de prognóstico). E quanto a uns e outros, distinguir aqueles que têm a ver com a função, organização e meio de trabalho e aqueles que, envolvendo futura incapacitação, são estranhos aos fatores laborais⁷⁵⁶.

João Leal Amado⁷⁵⁷ esclarece, a propósito, que o conhecimento do património genético do trabalhador possibilitaria a minimização de todos os riscos patronais. A realização de testes genéticos de natureza preditiva, revelando as particulares propensões, predisposições, suscetibilidades e vulnerabilidades do trabalhador, permitiria a elaboração de um prognóstico relativamente seguro sobre a sua saúde/doença futura, facultando ao empregador uma “seleção genocrática” que, até agora, o estado da ciência não viabilizava. Defende que o trabalhador tem direito a uma certa “opacidade genética” perante o empregador, seja por razões ligadas à tutela do Direito do Trabalho, seja pela necessidade de preservar a sua liberdade pessoal, a sua dignidade, a sua integridade física e a sua intimidade. Adverte, ainda, que o debate não poderá ser reduzido a uma alternativa simplista de licitude ou ilicitude dos testes genéticos, existindo

⁷⁵⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Verbo. ISSN 0870-3965. Ano XLIV, XVII da 2ª série, nº 3 e 4 (Jul.-Dez. 2003), p. 15-30.

⁷⁵⁷ AMADO, João Leal – O património genético. **Questões Laborais**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Ano XII, nº 25 (2005), p. 112-115.

alguns argumentos válidos a favor de uma autorização condicionada e limitada de recurso a testes genéticos em sede de contratação laboral, em certos setores de atividade e para o exercício de determinadas funções, como por exemplo, pilotos, controladores de tráfego aéreo e membros de forças de segurança.

Paula do Couto Quintas argumenta:

“A grande questão do determinismo biológico radica no potencial de aproveitamento discriminatório para aqueles que se apresentam menos resistentes, seja a curto ou a longo prazo.

Há que se distinguir os testes genéticos de saúde dos testes que apenas pretendem conseguir um eugenismo laboral.

A realização de testes genéticos não apresenta um juízo de prognose válido e legítimo de contratação ou de despedimento, como regra de seleção ou de exclusão.

Só uma efetiva doença existente ao tempo da realização dos testes pode justificar a não contratação, e contanto que se respeite a transparência e a fiabilidade dos mesmos”⁷⁵⁸.

Por sua vez, Stela Barbas⁷⁵⁹ afirma ser necessária a distinção entre a predição de doenças monogênicas⁷⁶⁰ (incuráveis e curáveis) e as predisposições para doenças multifatoriais (poligênicas). Segundo a autora, nas enfermidades monogênicas incuráveis, em virtude de haver uma certeza quase absoluta de que a doença vai se manifestar, sendo apenas uma questão de tempo, e não existindo terapia gênica disponível, é legítimo que a entidade patronal tenha o direito de exigir que o trabalhador coopere, submetendo-se a estes testes genéticos.

Alerta, porém, que mesmo os trabalhadores (potenciais ou efetivos) que padecem de doenças monogênicas (ainda sem cura), têm o direito de trabalhar até o momento em que a manifestação da enfermidade impossibilite a prossecução daquele concreto trabalho, desde que o desempenho da atividade laboral não ponha em risco a saúde do próprio ou de terceiros.

⁷⁵⁸ QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 327.

⁷⁵⁹ Os distúrbios genéticos multifatoriais, também chamados complexos ou poligênicos, são causados por uma combinação de fatores ambientais e mutações em genes múltiplos. Como exemplos, podem ser citados a síndrome de Alzheimer, as más formações congênitas, as cardiopatias congênitas, certos tipos de câncer, diabetes mellitus, hipertensão arterial e obesidade. Registre-se, ainda, que a herança multifatorial também é associada com características de hereditariedade, como padrões de impressão digital, altura, cor de olhos e de pele.

⁷⁶⁰ Os distúrbios genéticos monogênicos, também chamados Mendelianos, são causados por mudanças ou mutações que acontecem na sucessão de DNA de um único gene. Como exemplos, podem ser citados a anemia falciforme, a distrofia miotônica, a distrofia muscular de Duchene, a doença de Huntington, a doença de Tay-Sachs, a fenilcetonúria, a fibrose cística, a hemofilia A, a hipercolesterolemia familiar, a talassemia e a síndrome de Marfan.

Quanto à predição de doenças monogênicas em que há terapia disponível (curáveis), aduz que os trabalhadores devem gozar de estatuto diferente no caso de se comprometerem a proceder a tratamento viável.

De outro lado, em se tratando de predisposições para doenças genéticas multifatoriais, a prestigiada jurista sustenta que a entidade patronal apenas pode inquirir da saúde atual do trabalhador, em razão do caráter meramente probabilístico das predisposições genéticas, do direito à privacidade, do direito a não saber sobre o seu estado de saúde, do direito ao trabalho, da vedação à discriminação genética, do grande risco de criação de classes de “saúdáveis doentes” e do perigo de procriação exclusiva de seres humanos com o genoma procurado pelo mercado⁷⁶¹.

Na doutrina brasileira, Ariel Salete de Moraes Junior assim se posiciona:

“Ao lado da consideração de que a discriminação genética também não é tolerada pelo sistema jurídico brasileiro, a condição de vulnerabilidade do trabalhador no âmbito laboral, como demonstra a limitação da autonomia da vontade, o poder diretivo do empregador e, enfim, o norte implementado pelo direito do trabalho como conjunto de regras de proteção ao trabalhador, como verificado em tópicos anteriores, sugerem que o consentimento não é relevante para autorizar o uso dos testes genéticos no campo das relações trabalhistas e, a partir daí, o acesso às informações genéticas do trabalhador pelo empregador, visto que não pode ser considerado em qualquer hipótese nas relações de emprego”.

Esclarece que a legislação trabalhista brasileira não trata do instituto do consentimento livre e esclarecido, pois estabelece apenas que os exames médicos admissional, periódicos e demissional estão ligados à investigação sobre a capacidade física ou mental do candidato, ou empregado, para a função que deva exercer.

Salienta também que, por se tratar de situação excepcional, a permissão de acesso à informação genética do trabalhador somente pode ser possível mediante lei expressa e, mesmo assim, levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção, o direito fundamental ao trabalho digno, a identidade pessoal e os direitos da personalidade, privacidade e intimidade. Por isso, conclui o referido autor que, no Brasil, ante a ausência de legislação expressa, nas relações trabalhistas: a) os testes genéticos para acesso às informações genéticas do trabalhador pelo empregador não são autorizados; b) o instituto do livre consentimento esclarecido não é aplicável nas relações trabalhistas⁷⁶².

⁷⁶¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 585-599.

⁷⁶² MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 134 e 139.

Percebe-se, assim, que a questão é altamente polêmica, com respeitosos argumentos que levam em consideração não apenas o trabalhador (potencial e efetivo) e a entidade patronal, mas também terceiros e a própria comunidade.

Antes, porém, de delinear, de modo mais sistematizado, a solução proposta para o problema da submissão de trabalhadores a exames genéticos para efeito de seleção de pessoal ou de despedimento, apresenta-se como necessária ao cumprimento deste desiderato uma abordagem prévia sobre o direito à autodeterminação informacional e o direito ao livre consentimento esclarecido.

4.2.1. O direito à autodeterminação informacional

Conforme Diogo Costa Gonçalves⁷⁶³, o homem, ontologicamente, pode ser visualizado em três dimensões: a subsistente, segundo a qual o ser humano “autopossui toda a sua realidade ontológica e a marca da sua singularidade e irrepetibilidade”; a relacional, que se refere à “sua abertura aos outros, enquanto manifestação da participação na ordem do ser, abertura esta constitutiva da sua própria realidade”; e a de realização, que se encontra ligada à segunda de maneira umbilical, sendo que a realização da própria vida se mostra como uma das realidades “mais marcantes e constantes da realidade humana”. Em seguida, conclui que:

“O Homem, que na sua estrutura conhece a autopossessão de si mesmo, vive marcado pelo desafio do sentido. A vida não lhe aparece, nunca, como uma realidade estática, acabada, mas antes como um projecto, um desafio a ser mais, a se tornar aquilo que é.

Senhor de si e da sua realidade, o Homem busca o sentido para a sua vida . . . ante esta busca de sentido, o drama da liberdade ganha contornos mais claros e acutilantes. Nada pode ser mais frustrante para o Homem que uma vida não realizada... <<o que eu podia ter sido e não fui>>.

A liberdade aparece-lhe, assim, não tanto como a possibilidade de escolher entre uma coisa e outra, mas antes como a possibilidade – e, simplesmente, não ser . . . É que ao Homem não lhe basta existir, é necessário ser, e ser, para ele, implica realização, implica um sentido”.

No mesmo sentido, Luís Archer⁷⁶⁴ salienta que “cada ser humano se percebe como um ‘eu’ autónomo, distinto dos outros ‘eus’ e do resto do mundo. Cada um de nós se sente capaz de agir sobre a realidade exterior, de influir sobre os acontecimentos e de decidir livremente um caminho a percorrer”. Prossegue afirmando que o ser humano se apreende como sendo capaz

⁷⁶³ GONÇALVES, Diogo Costa – Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. p. 160.

⁷⁶⁴ ARCHER, Luís – Dimensões éticas da investigação biomédica. **Brotéria – Cultura e Informação**. Lisboa. Vol. 146, nº 2 (Fev. 1998), p. 172.

de construir a própria vida, a despeito das mais variadas limitações que lhe são impostas, trazendo, em seu âmago, uma capacidade de inovação, que, por meio da livre escolha, possibilita a construção de um projeto de vida. E esse projeto de vida, realizado de forma ética, permite alcançar a autorrealização pessoal, que confere a todos os seres humanos uma dignidade própria, que pode ser expressa em dois aspectos: a “não-instrumentalização da pessoa humana” e a “liberdade ética ou interior”. A não-instrumentalização do ser humano exige que cada pessoa seja reconhecida como um fim em si mesma, não podendo ser utilizada como um meio ou um instrumento para “o que quer ou quem quer que seja”. Em outras palavras, o ser humano deve ser tratado como sujeito e não como objeto.

Para Capelo de Sousa⁷⁶⁵, a personalidade de cada pessoa se liga à “emergência de forças energéticas e transformadoras, interiores, de cada homem”, bem como à “garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver” e à “salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de auto-constituição da sua personalidade individual”. A autodeterminação compreende, assim, uma união entre promessa e comprometimento, pressupondo um verdadeiro espaço de liberdade, no qual as pessoas têm a possibilidade de expressar os seus interesses, mormente no exercício de direitos subjetivos. Entretanto, dentro deste espaço existem limites, que são regidos pela moral, pela lei e mesmo pela natureza⁷⁶⁶. Vale dizer, a autodeterminação traduz-se em uma expressão da autonomia, que se liga à ideia da liberdade que as pessoas possuem para se dirigir e se desenvolver entre elas e perante elas próprias, com base em sua própria vontade, sem, contudo, ofender os princípios fundamentais de justiça⁷⁶⁷.

Pico Della Mirandola⁷⁶⁸ destaca que a pessoa possui o dom, que, segundo o autor, “foi dado por Deus”, de poder determinar a sua própria natureza, o poder de ser autoconstituente. Esse dom possibilita à pessoa a chance de se desenvolver visando ao presente e ao futuro e é inerente à própria natureza humana.

⁷⁶⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de - **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 352 e ss.

⁷⁶⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 64-66.

⁷⁶⁷ MARTÍNEZ, Pedro Soares – **Filosofia do direito**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 476.

⁷⁶⁸ MIRANDOLA, Pico Della – **On the dignity of man, on being and the one, heptaplus**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1977. p. 4-5.

A propósito, Paulo Mota Pinto⁷⁶⁹ explica que o livre desenvolvimento da personalidade humana pode ser visto em uma dupla dimensão. A primeira se refere à tutela da personalidade enquanto substrato da individualidade, nos seus mais variados aspectos. A segunda concerne à tutela da liberdade geral de ação pessoal. Observa, ainda, que a proteção da personalidade tem como pressuposto a liberdade para o seu desenvolvimento de acordo com “o seu próprio projecto, situação e possibilidades, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha”. Já a tutela da defesa da ação humana traduz-se, antes de mais nada, em um “direito integrante do *status negativus*”, o qual se consubstancia na proteção em face de “imposições ou proibições violadoras da liberdade geral de acção”.

Gisele Echterhoff⁷⁷⁰ ressalta que a autodeterminação informativa advém do conceito de liberdade em seu sentido positivo, isto é, como autonomia da vontade ou autodomínio. A partir deste conceito de liberdade, pode-se delinear os limites do direito à autodeterminação informativa, entendido pela autora como um dos aspectos do direito à privacidade e resultante de uma mudança do conceito originário deste: “o direito de estar só”. Desse modo, a autodeterminação informativa se refere à proteção das informações pessoais, consubstanciando-se no direito que a pessoa tem de “controlar as suas informações pessoais, não apenas impedindo a sua utilização, mas também controlando as informações constantes em arquivos públicos e particulares”.

No mesmo sentido, as considerações de Maria Cláudia Cachapuz:

“(…) discute-se uma escolha singular do indivíduo – por crença moral sexual, científica, religiosa ou política, ou ainda pelo simples fato de querer viver de determinada forma, mesmo afrontando princípios estabelecidos socialmente pela opinião pública preponderante. O que a esfera da intimidade garante ao indivíduo é justamente o direito de destoar da média social e viver, ainda solitariamente, a sua diferença, a sua escolha”⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ PINTO, Paulo Mota – O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portugal-Brasil – ano 2000. **Studia Iuridica**. Coimbra: Coimbra Editora. nº 40 (2000), p. 149-246.

⁷⁷⁰ ECHTERHOFF, Gisele – **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007. p. 143. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf>. A autora explica que, para Kant, a liberdade, no sentido negativo, significa liberdade de escolha, o que, no âmbito jurídico, traduz-se como não intromissão, não impedimento ou não sofrer interferências dos outros; em seu sentido positivo, Kant parte do conceito de vontade como faculdade criadora de leis, definindo a liberdade como autonomia.

⁷⁷¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia – **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 129.

Sobre a temática da privacidade, Danilo Doneda destaca que, inicialmente, fora marcada por um individualismo extremado, até mesmo egoístico. Portava então “a feição do direito a ser deixado só”, vigorando, neste período, “o paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, como a ausência de comunicação entre um sujeito e os demais”⁷⁷².

Pedro Vaz de Vasconcelos⁷⁷³ salienta que o livre desenvolvimento da personalidade possibilita, por um lado, defender a “liberdade de se auto-formar, por outro, a de remover os obstáculos que as limitações da sua liberdade de acção oponha à mesma auto-formação. A pessoa deve poder ser e devir o que bem entender”. Adverte, porém, que isto só é possível quando não houver colisão com os direitos de outrem ou com o ordenamento jurídico, mormente com a ordem constitucional e com a moral.

A capacidade do ser humano para a sua livre autodeterminação, bem como a possibilidade de construir a sua própria vida, sendo responsável por ela, são, nas palavras de Luís Archer, valores a que “a nossa sociedade dá uma importância básica, e fundamentam a própria ética”⁷⁷⁴.

Essa autodeterminação, contudo, não implica simplesmente a possibilidade de escolha. Ao contrário, ela deve ser vista como uma forma de sobrevivência da integridade pessoal⁷⁷⁵. Assim, o exercício da autodeterminação pressupõe que o indivíduo possua todos os elementos necessários para usar livremente da sua faculdade de consentir⁷⁷⁶.

Gisele Echterhoff frisa que apenas recentemente a privacidade passou a ser objeto de uma reflexão mais detalhada, notadamente após as modificações sociais provocadas pelas revoluções industrial e tecnológica. Desses avanços decorre uma vasta gama de possibilidades de afronta à privacidade da pessoa humana⁷⁷⁷.

⁷⁷² DONEDA, Danilo – **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8-9.

⁷⁷³ VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito da personalidade**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 75

⁷⁷⁴ ARCHER, Luís – Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Acta Médica Portuguesa. Ética em Saúde e Investigação**. Ordem dos Médicos. II Série, Vol. 5, nº 3 (Mar. 1992), p. 143.

⁷⁷⁵ ALMEIDA, Vasco Duarte – Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. **Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. XLVI, nº 1, p. 632.

⁷⁷⁶ DANTAS, Eduardo – Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. **Lex Medicinæ**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 4, nº 8, 2007, p. 119.

⁷⁷⁷ ECHTERHOFF, Gisele – **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13.

José Adércio Leite Sampaio considera que houve um desenvolvimento do sentido do direito à intimidade, para a atual ideia de direito à autodeterminação informacional, em razão dos progressos vivenciados na área da tecnologia da informação:

“Ainda que não se aceite uma relação necessária e suficiente entre o problema da informática sobre os direitos fundamentais e a solução adotada por diversos países, com a promulgação de leis consagradoras de princípios de boas práticas de coleta e tratamento de dados, há de se registrar o impacto produzido pelas novas técnicas de informação não apenas no plano das políticas, sobretudo legislativas, que passaram a ser adotadas desde então, mas principalmente na redefinição do sentido de intimidade, de sua identificação com posturas assépticas e isolacionistas, próprias do pensamento individualista no final do século passado”⁷⁷⁸.

É, portanto, neste cenário de avanços tecnológicos e consequente possibilidade de violação do direito à privacidade que surge o direito à autodeterminação informativa ou informacional, com o objetivo de assegurar o direito à intimidade da vida privada no que tange ao tratamento de dados pessoais⁷⁷⁹.

Corroborando este entendimento, Daniel Cidrão Frota⁷⁸⁰ esclarece que a ideia de autodeterminação informativa, ou privacidade informacional, foi concebida no contexto do aumento das possibilidades de coleta, armazenamento, cruzamento, utilização e outras formas de tratamento de dados pessoais, ocasionando uma verdadeira devassa na intimidade e vida privada dos indivíduos. Para o autor, a grande novidade deste preceito está em possibilitar ao indivíduo atuar de modo efetivo na defesa de suas informações pessoais em caso de violação da sua privacidade, representando, assim, uma “evolução do simples direito de estar só, da simples liberdade negativa consagradora da não intromissão, para uma posição de domínio, de autocontrole sobre aquilo que lhe diz respeito”. Ressalta, ainda, a sua natureza positiva, “ao permitir que o próprio indivíduo controle o que deve ou não ser conhecido, e, mais ainda, em que medida, traduzindo ainda a faculdade de efetivamente influenciar no processo de tratamento de suas informações pessoais”.

⁷⁷⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 492-493.

⁷⁷⁹ CASTRO, Catarina Sarmiento e – **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 25.

⁷⁸⁰ FROTA, Daniel Cidrão – **Dados pessoais e intimidade genética: novas ameaças e a busca por uma tutela efetiva luso-brasileira**. Porto: Universidade do Porto, 2003. p. 14-15. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70803/2/24833.pdf>.

Pode-se, assim, afirmar que o direito à autodeterminação informacional se refere à proteção das informações pessoais, consubstanciando-se no direito da pessoa de controlar as informações a ela inerentes, sejam aquelas constantes de arquivos públicos ou mesmo particulares⁷⁸¹. Em outras palavras, trata-se da faculdade que todo indivíduo tem de exercer, de uma maneira ou de outra, o controle sobre as informações que lhe digam respeito, mormente aquelas que estão registradas em bancos de dados. Isso possibilita que, em determinadas situações, a pessoa tenha a prerrogativa de decidir se as informações podem ser objeto de coleta, uso ou cessão por terceiros, bem assim a de exigir a correção ou o cancelamento dos dados armazenados⁷⁸².

No que se refere ao campo da genética, sabe-se que o conhecimento das predisposições genéticas de um indivíduo pode causar, a ele e à sua família, uma série de preocupações e angústias, já que nem todas as enfermidades genéticas podem ser tratadas. Por isso, o indivíduo pode exercer o seu direito a não se submeter a determinada análise ou mesmo não saber dos resultados. Agindo desta maneira, a pessoa exerce o chamado direito “à ignorância genética, ou seja, o direito a não ser informado, se assim o desejar, sobre suas características mais íntimas”⁷⁸³.

Como ressalta Salvador Darío Bergel⁷⁸⁴, as informações genéticas do ser humano inserem-se na categoria de “dados sensíveis”, que demandam maior proteção. Em razão das consequências que a divulgação pode acarretar ao seu titular, o manejo destes dados implica deveres particulares de cuidado para todos que a eles tenham acesso, qualquer que seja a causa.

Carlos María Romeo Casabona vai além: os dados genéticos revestem-se de uma supersensibilidade. A propósito, assevera que:

“É corrente a aceitação de que ingressam plenamente, no núcleo de intimidade, os dados referentes à saúde e à origem racial das pessoas, os quais, juntos com outros, configuram os chamados dados sensíveis ou super-sensíveis (Assim como os relativos à origem étnica, opiniões políticas, adesões sindicais, convicções religiosas ou de outra ordem, vida sexual), cuja vinculação com as análises genéticas é evidente. Sua qualificação como dados super-sensíveis acarreta o estabelecimento de garantias reforçadas de proteção, como é vedar o acesso à informação e seu tratamento em arquivos

⁷⁸¹ ECHTERHOFF, Gisele – **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 152.

⁷⁸² BESSA, Leonardo Roscoe – **Direito à autodeterminação informativa** [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24306-24308-1-PB.htm>.

⁷⁸³ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 90.

⁷⁸⁴ BERGEL, Salvador Darío – Bioética, genética y derechos humanos: la declaración de la Unesco. **Bioética**. Brasília. Vol. 7, nº 2 (1999), p. 172.

automatizados se não intervém o consentimento do interessado, ou limitar – geralmente com reserva de lei – tal acesso e sua utilização”⁷⁸⁵.

Desta forma, os dados genéticos de determinada pessoa devem ser tratados com o máximo de sensibilidade, pois estão relacionados à privacidade, à saúde e às características biológicas do indivíduo, dizendo respeito não somente a ele, mas também à sua família⁷⁸⁶.

Por seu turno, Gisele Echterhoff salienta que as informações genéticas se enquadram na categoria de “dados nominativos sensíveis”, uma vez que “se referem a pessoas determinadas e estão diretamente ligados à esfera de privacidade do sujeito, pois além de identificarem o seu portador ainda contribuem para a formação das características pessoais do indivíduo”. Por essa razão, os dados genéticos “merecem a mais irrestrita e ilimitada proteção”⁷⁸⁷.

Para João Leal Amado, no âmbito laboral, a proteção da liberdade do trabalhador pressupõe que ele possa exercer o direito de não saber sobre o seu patrimônio genético, bem assim o de viver a sua vida sem preocupação com as consequências que a notícia de uma doença, muitas vezes incurável, possa lhe acarretar⁷⁸⁸.

Roberto Camilo Leles Viana destaca que o direito à ignorância genética é tema intimamente ligado aos direitos à identidade pessoal, à liberdade pessoal, à integridade física e moral e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. Desta forma, a autodeterminação informacional assegura ao indivíduo “um controle sobre seus dados, não se referindo somente à circulação externa, mas também à interior, plenamente compatível com sua vontade de não saber”. Aduz, ainda, que, ao direito do indivíduo de ser informado ou não sobre os resultados de testes genéticos e suas consequências, corresponde um dever da sociedade, e que esse mesmo

⁷⁸⁵ CASABONA, Carlos María Romeo – **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 64.

⁷⁸⁶ FROTA, Daniel Cidrão – **Dados pessoais e intimidade genética: novas ameaças e a busca por uma tutela efetiva luso-brasileira**. Porto: Universidade do Porto, 2003. p. 31. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70803/2/24833.pdf>.

⁷⁸⁷ ECHTERHOFF, Gisele – **O direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007. p. 152-153. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Social [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf>.

⁷⁸⁸ AMADO, João Leal – Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei 12/2005, de 26 de janeiro. **Questões Laborais**. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Ano XII, nº 25 (2005), p. 115.

direito deve ser estendido aos familiares do titular, pois estes também são afetados pelos referidos exames⁷⁸⁹.

Rui Nunes⁷⁹⁰ defende a possibilidade de invocação do direito de não ter conhecimento de determinados dados genéticos ou, sob outro ângulo, de não conhecer a “probabilidade estatística de ocorrência de determinada enfermidade”. Assim, os direitos ligados à liberdade individual podem exercer a proteção de alguns interesses, consubstanciando-se, no caso, “um interesse pessoal em não conhecer determinados dados genéticos a respeito de si próprio”.

Para o autor, em decorrência do princípio do respeito à autonomia privada, pode-se afirmar que está em jogo a premissa de que a todo ser humano devem ser asseguradas as condições mínimas para a autorrealização pessoal. A chamada liberdade de autorrealização pode ser estendida aos familiares do indivíduo, razão pela qual “a colheita de material biológico, bem como o processamento e armazenamento posterior deste material, carecem de consentimento informado, livre e esclarecido, sendo o aconselhamento genético um imperativo profissional”.

Nesse sentido, aponta estar em jogo também o direito à privacidade individual, como forma de proteger a liberdade da pessoa, pondo-a a salvo de qualquer intromissão e ingerência externa. Ressalta, por sua vez, a existência de quatro “dimensões” da noção de privacidade: a primeira é a privacidade física, ou seja, a “acessibilidade física limitada, de qualquer tipo, sem o consentimento do interessado”; a segunda é a privacidade mental, que se traduz na restrição de interferências ilegítimas de qualquer ordem na mente ou na vontade do indivíduo; a terceira, a privacidade decisional, que se caracteriza como a liberdade no campo da escolha individual; a última, a privacidade informacional, alcançada por meio da imposição de limites ao acesso não autorizado à informação de caráter individual.

Stela Barbas⁷⁹¹ explica que há pessoas que não desejam obter conhecimento sobre o seu genoma e que esse direito, nas relações de trabalho, poderá ser utilizado tanto em relação às doenças monogênicas quanto às multifatoriais. Quanto às primeiras, somente quando não haja uma relação direta com a atividade profissional a ser exercida. Já, no segundo caso, o referido direito parece encontrar maiores justificativas para ser invocado, pois a pessoa pode não querer ser aterrorizada com algo que sequer poderá vir a ocorrer. Com efeito, a informação

⁷⁸⁹ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 90-91.

⁷⁹⁰ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 113-119.

⁷⁹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 597.

genética pode se tornar “uma fonte de preocupação, de angústia, e, mesmo, de terror, para o testado. Até porque nem todas as enfermidades genéticas podem ser já tratadas ou prevenidas”. O referido direito encontra-se ligado de forma umbilical aos direitos à identidade pessoal, à liberdade, à integridade física e moral e à reserva da intimidade da vida privada e familiar. A autora conclui sustentando que “todos temos direito à verdade que procuramos e todos temos direito a não sermos informados se, assim, o desejarmos”.

Daniel Cidrão Frota registra que, no ordenamento jurídico português, a Constituição de 1976 – que consagra, como visto, a dignidade da pessoa humana e a reserva da vida privada – assegura, em seu artigo 35º, o direito de acesso do cidadão aos dados informatizados que lhes digam respeito, bem como o de exigir sua retificação e atualização e de conhecer a finalidade a que se destinam (nº 1), proibindo, em regra, o tratamento informático de dados sensíveis (nº 3). Pode-se dizer, assim, que a autodeterminação informacional encontra assento constitucional em Portugal⁷⁹².

O tema também é objeto de regulamentação no plano infraconstitucional, por meio da Lei nº 67/98⁷⁹³, que disciplina alguns aspectos do tratamento de dados pessoais. O artigo 2º do referido diploma legal estabelece 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 fundamentais. No que concerne à qualidade dos dados, o artigo 5º preconiza que os dados pessoais devem ser: a) tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa-fé; b) recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades; c) adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e tratados; d) exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou retificados os dados inexatos ou incompletos; e) conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário à prossecução das finalidades da coleta ou do tratamento. Os artigos 11º e 12º cuidam, respectivamente, do direito de acesso aos referidos dados por parte do titular –

⁷⁹² FROTA, Daniel Cidrão – **Dados pessoais e intimidade genética: novas ameaças e a busca por uma tutela efetiva luso-brasileira**. Porto: Universidade do Porto, 2003. p. 18-20. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70803/2/24833.pdf>.

⁷⁹³ LEI nº 67/98, de 26 de Outubro [Em linha]. [Consult. 12 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=156&tabela=leis. Lei da Proteção de dados pessoais, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva nº 35/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

livremente, sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos –, bem como do direito de oposição em relação a tais dados. Um dos destaques da indigitada lei refere-se ao tratamento dos chamados dados sensíveis, que são objeto do artigo 7º, segundo o qual é proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora inexista normatização específica, é possível extrair a proteção dos dados pessoais da interpretação de diversos dispositivos constitucionais e legais.

Como reiteradamente já se afirmou, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Por outro lado, dentre os direitos fundamentais previstos no extenso rol do artigo 5º, inserem-se a inviolabilidade de domicílio (XI) e a da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (X), o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII), bem como a liberdade de expressão (IX) e o acesso à informação (XIV). Cumpre mencionar, outrossim, o instituto do *habeas data*, remédio constitucional previsto no inciso LXXII do artigo 5º e regulamentado pela Lei nº 9.507/1997⁷⁹⁴, que visa à proteção dos dados pessoais constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

Embora seja um instrumento importante, o manejo do *habeas data* é objeto de críticas, porque, atualmente, não são mais os bancos de dados públicos que suscitam preocupação quanto à proteção das informações pessoais, mas os grandes bancos de dados privados, “criados por empresas com o objetivo de armazenar todo e qualquer tipo de informação que seja de seu interesse a respeito do cidadão”⁷⁹⁵.

No plano infraconstitucional, o artigo 21 do Código Civil brasileiro prevê que 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 norma⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ LEI nº 9.507/97, de 13 de Abril [Em linha]. [Consul. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm.

⁷⁹⁵ MORI, Michele Keiko. – **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 86.

⁷⁹⁶ CÓDIGO Civil: lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro [Em linha]. [Consult. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, em seu artigo 43, dispõe que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. O § 1º estabelece que os cadastros e dados devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão e o § 3º assegura ao consumidor o direito de exigir a sua imediata correção sempre que encontrar inexatidão⁷⁹⁷.

Danilo Doneda observa, em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que o diploma “já nasce com limites intrínsecos, o que se verifica não somente pela sua incidência – situações caracterizadas como relação de consumo – porém pelo caráter de suas disposições”⁷⁹⁸.

A despeito das salutares previsões contidas nos dispositivos constitucionais e legais acima apontados, a proteção aos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro “ainda é bastante incipiente, carecendo, para sua aplicação, do exercício de uma interpretação conjugada entre tais diplomas normativos, ao contrário do direito português, o qual possui um corpo normativo sistemático e coeso a respeito do tema”⁷⁹⁹.

4.2.2. O direito ao livre consentimento esclarecido

O mecanismo conhecido como consentimento informado ou esclarecido tem por objetivo possibilitar ao paciente ou às pessoas que o representam o conhecimento e a avaliação de todas as implicações que poderão advir de determinado tratamento médico a que o indivíduo será submetido, permitindo, ainda, que o médico seja eximido da responsabilidade por eventuais problemas dele decorrentes, mormente nas hipóteses em que não tenha agido com culpa em sentido amplo⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ CÓDIGO de Defesa do Consumidor: lei nº 8.078/90, de 11 de Setembro [Em linha]. [Consult. 19 Fev. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

⁷⁹⁸ DONEDA, Danilo – **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 340.

⁷⁹⁹ FROTA, Daniel Cidrão – **Dados pessoais e intimidade genética: novas ameaças e a busca por uma tutela efetiva luso-brasileira**. Porto: Universidade do Porto, 2003. p. 21. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70803/2/24833.pdf>.

⁸⁰⁰ CORRÊA, Márcia Maria de Barros - Direito de informação e consentimento informado. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. - **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 20.

Rui Nunes explica que a doutrina do consentimento informado se baseia na capacidade de decisão e gozo da pessoa humana, pressupondo que esta “disponha da capacidade intelectual mínima, bem como do grau de consciência necessário para decidir sobre o melhor curso de atuação”⁸⁰¹.

Stela Barbas⁸⁰² salienta que toda intervenção que venha a ser realizada no corpo humano necessita de seu consentimento, de modo que o consentimento informado se consubstancia no ato pelo qual o paciente autoriza o médico a “realizar um exame ou a praticar um tratamento específico que previamente lhe foi explicado”. Logo, o teste genético, como uma modalidade de exame médico, também depende do consentimento informado e livre da pessoa que a ele será submetida, o mesmo ocorrendo quanto às terapias gênicas. Como adverte a autora, “o consentimento informado para a realização dos testes genéticos e intervenções no genoma humano deve ser garantido através de instâncias adequadas”, uma vez que o “princípio do consentimento informado exige que o médico respeite um direito fundamental, traduzido no velho adágio *noli me tangere*”.

Walter Osswald⁸⁰³ observa que a relação médico-paciente vem passando por mudanças profundas. Outrora tida como paternalista, essa relação passa agora a ser considerada como aquela centrada no cuidado ao doente, com o qual se deve partilhar a informação e a responsabilidade pela decisão adotada. Isso se deu primordialmente em razão da autonomia do paciente, que se manifesta por meio do consentimento informado. Assim, o “doente, dotado de razão, cômico da sua dignidade, livre e independente, tem a responsabilidade de decidir sobre o rumo e a natureza dos procedimentos diagnósticos, profiláticos ou terapêuticos que lhe são propostos”. Essa nova visão, fruto de um lento processo, contrasta com uma antiga, de séculos atrás, na qual a relação médico-paciente era mantida em assimetria, com base na superioridade do profissional de saúde – detentor do conhecimento e do saber –, o qual se comprometia a respeitar e defender os interesses do paciente. Desta forma, adota-se atualmente uma concepção antropológica da pessoa humana como ser autônomo e responsável, que conta com o saber técnico do profissional de saúde para que o informe e o esclareça, possibilitando, assim a tomada de decisão.

⁸⁰¹ NUNES, Rui – Obrigações profissionais e regras de conduta. Olhar o presente, projetar o futuro. In **Direitos do Homem e Medicina**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

⁸⁰² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 327-328.

⁸⁰³ OSSWALD, Walter – Limites do consentimento informado. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. p. 151-155.

De acordo com o autor, a noção de consentimento informado traz a ideia de respeito à dignidade individual, de modo a afastar fraudes ou influências indevidas, estimulando a adoção de uma atitude racional em relação à decisão terapêutica, com aproximação do ideal de participação plena tanto do enfermo quanto do profissional de saúde, em condição de equivalência. Para isso, pressupõe-se a conjugação dos seguintes requisitos: uma informação correta, verdadeira e, na medida do possível, completa, por parte do médico; a compreensão e avaliação crítica dessa informação, a ser realizada pelo paciente; a competência ou capacidade do paciente para a tomada de decisão; a decisão final, no sentido de dar ou recusar o consentimento.

Destaca, também, que, não obstante seja acolhido quase à unanimidade pela doutrina e pelos profissionais de saúde, a ideia e a prática do consentimento informado são alvos de algumas críticas e objeções, inclusive com a sua desvalorização, reduzindo-o a um “vil arremedo de consentimento informado ou de termos de responsabilidade que visa apenas uma cobertura de natureza legal, pronta a ser brandida em caso de qualquer inesperado acidente do percurso do paciente na instituição”.

A primeira crítica refere-se a um pretensão exagero dado à autonomia, a qual não deve ser vista como prioritária, descuidando-se do papel multidisciplinar do médico, “de amigo, conselheiro e até director do paciente pusilânime ou indeciso”. Para essa corrente, embora deva ser preservada, a autonomia deve ser ponderada com outros princípios normativos relacionados ao agir, como a “beneficência, a maleficência (o *primum non nocere* hierárquico), a justiça, a solicitude; isto é, trata-se aqui de princípios que são todos *prima facie*, isso é, igualmente poderosos e com idêntico peso moral”. Assim, a utilização da autonomia de forma absoluta não encontra amparo em fundamentação ética convincente.

A segunda crítica relaciona-se ao entendimento de que a delegação da decisão final ao paciente vilipendia a competência e o papel do médico, assemelhando-o a “um empregado de mesa que enuncia ao cliente os *items* do menu, para que este escolha no fim o que mais lhe agrada”.

A terceira crítica parte da premissa de que o paciente restará prejudicado se lhe for confiada a decisão, pois invariavelmente escolherá a pior alternativa, seja por “preconceito, falso juízo ou influência de familiares ou amigos”. Isso poderá acarretar a recusa de medidas potencialmente salvadoras de sua vida, por atribuir demasiada importância a possíveis reações adversas e demais inconvenientes que possam advir do tratamento.

Por fim, a quarta crítica reside na circunstância de que a maioria dos pacientes costuma delegar a decisão ao profissional de saúde, não demonstrando interesse em obter informações pormenorizadas.

Para o mesmo autor, as críticas apresentadas – à exceção da que afirma que a delegação da escolha ao paciente reduziria a competência e o papel do médico a uma condição de “empregado” – contêm argumentos indesmentíveis, que, contudo, não afastam a validade do consentimento informado, pois “apenas se referem a formas exteriores e modos de concretização que não têm a ver com o núcleo fundamental da autonomia e da sua expressão através do consentimento”. Embora reconheça que a autonomia não é o único princípio a ser aplicado, nos casos de conflito entre aquela e a beneficência, não basta a informação correta e completa, havendo necessidade de participação do médico, de forma a assumir o “tradicional papel de conselheiro avisado e benevolente (embora sem coação)” e “convencer o paciente dos benefícios da opção beneficente”, ainda que, em última análise, a decisão caiba ao doente.

Stela Barbas⁸⁰⁴, ao analisar as reações ao consentimento informado, explica que alguns o consideram imprescindível à concretização da autonomia da vontade do paciente, ao passo que outros o encaram como um obstáculo à boa prática médica. Conforme a autora, entretanto, o consentimento informado consubstancia-se em um dever moral. Ressalta, ainda, que muitas vezes as informações fornecidas pelo médico parecem ter mais o objetivo de protegê-lo contra eventuais reclamações jurídicas do que efetivamente o de possibilitar uma escolha livre e responsável por parte do paciente. Necessário, portanto, que a medicina, a fim de promover o princípio da dignidade humana, respeite “ao máximo a autonomia da pessoa na base de um conhecimento adequado de tudo quanto concerne ao seu tratamento”.

Assim, o principal objetivo do consentimento informado é o de preservar a autonomia do paciente, tutelando ao máximo o respeito pela sua dignidade, de modo que a pessoa não se sinta marginalizada em razão da doença que lhe acomete, pois o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo⁸⁰⁵.

Como visto, atualmente é assente cientificamente que o diagnóstico médico, em especial o genético, em suas variadas modalidades, deve necessariamente ser precedido de um

⁸⁰⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 328-329.

⁸⁰⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Consentimento informado: meio de tutela ou obstáculo à saúde? **Tempo Medicina** (Out. 2001), p. 18.

esclarecimento a respeito de todas as circunstâncias e consequências de um eventual resultado positivo⁸⁰⁶.

Como exposto no Capítulo II deste trabalho, no ordenamento jurídico internacional, diversos documentos estabelecem que o consentimento informado deve ser observado na área médica. Neste sentido, podem ser citadas a Convenção Sobre Direitos Humanos e Biomedicina e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 3º, que trata do direito à integridade do ser humano, determina o respeito ao consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da legislação. Em Portugal, Rui Nunes registra que o Código Penal pune, em seu artigo 156º, as intervenções médicas e cirúrgicas realizadas sem o consentimento do paciente, as quais só são consideradas eficazes se o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a natureza, a extensão e as possíveis consequências dos procedimentos⁸⁰⁷.

Para Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel⁸⁰⁸, a Constituição da República Federativa do Brasil, ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III), “no plano abstrato, compreende força moral e jurídica capaz de seduzir o espírito e gerar decisão quase unânime”. Na visão de Dworkin, citado pelos autores, a vida do ser humano possui uma “valia intrínseca, objetiva”, podendo-se afirmar que “ninguém existe para atender aos propósitos de outro ou mesmo servir metas coletivas da sociedade”. Esta ideia remonta ao pensamento de Kant⁸⁰⁹, para quem toda pessoa é um fim em si mesma.

Márcia Maria de Barros Côrrea⁸¹⁰ destaca que a Constituição brasileira protege “o direito de autodeterminação do próprio corpo e de seu próprio bem-estar, tanto quanto o direito de informação, no inciso XIV do artigo 5º”.

⁸⁰⁶ OLIVA-TELES, N. - The sense of responsibility in the context of professional activities in medical genetics. **Medicine, Health Care and Philosophy**. Vol. 14, nº 4 (2011), p. 397-405.

⁸⁰⁷ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 116.

⁸⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena, coord. - **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Curitiba: GZ Editora, 2010. p. 190-192.

⁸⁰⁹ KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 68.

⁸¹⁰ CORRÊA, Márcia Maria de Barros - Direito de informação e consentimento informado. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. - **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 22.

No plano infraconstitucional, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor⁸¹¹, o qual abarca o tema relativo ao consentimento esclarecido em seu artigo 6º, ao dispor ser direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre serviços, bem como os riscos deles decorrentes.

O Código de Ética Médica preconiza que o paciente deve ter autoridade sobre sua própria vida, estabelecendo que é vedado ao médico: deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença (artigo 13), deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte (artigo 22) e deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (artigo 24)⁸¹².

Carlos Roberto Gonçalves observa que o consentimento informado deve ser considerado uma expressão da boa-fé, um dos princípios aplicáveis nas relações contratuais, tanto no aspecto subjetivo (norma de conduta), quanto no aspecto objetivo (norma de comportamento). Nas palavras do autor, a boa-fé objetiva “funda-se na honestidade, lealdade, retidão e consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio”⁸¹³.

Roberto Senise Lisboa lembra que a boa-fé tem origem no direito alemão, sendo certo que o instituto passou por uma evolução, de modo a considerar também o aspecto moral da relação contratual. Ressalta, ainda, que a lealdade deve ser condizente com o cumprimento da relação obrigacional de forma exata, bem como a necessidade de observância dos interesses da outra parte⁸¹⁴.

A respeito, Paulo Lôbo afirma que:

“A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certo comportamento na confiança que as pessoas normalmente nelas depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento”⁸¹⁵.

⁸¹¹ CÓDIGO de Defesa do Consumidor: lei nº 8.078/1990, de 11 de Setembro [Em linha]. [Consult. 19 Fev. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.

⁸¹² RESOLUÇÃO CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm.

⁸¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

⁸¹⁴ LISBOA, Roberto Senise – **Manual de direito civil**. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.101.

⁸¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto – **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72-73.

Márcia Maria de Barros⁸¹⁶ explica que o instituto do consentimento informado surgiu como uma forma de evitar possível responsabilidade médica e tendo como ponto de partida a obrigação ética de esclarecimento ao paciente a respeito das possíveis consequências advindas de um determinado tratamento. Embora a expressão consentimento informado ou esclarecido não encontre amparo no ordenamento jurídico brasileiro, o seu reconhecimento é indispensável, considerando que ao paciente deve ser assegurado o direito de aceitar ou não ser submetido a qualquer intervenção médica. Pode-se dizer, assim, que o consentimento informado corresponde a uma autorização expressa do paciente para uma ingerência médica em sua integridade física, de modo que o médico fique isento de qualquer responsabilidade, a não ser nos casos em que tenha ocorrido dolo ou culpa em decorrência de má prestação profissional.

Ressalta, ainda, que, na relação médico-paciente, este último deve ser considerado a parte hipossuficiente da relação jurídica, uma vez que não conhece os aspectos técnico-científicos da área médica, exigindo-se, desta forma, um cuidado especial. Portanto, o paciente tem o direito de participar efetivamente de todos os processos de decisão que envolvam os procedimentos e tratamentos que possam afetar de algum modo a sua integridade física ou psíquica, ao qual corresponde a obrigação do profissional de alertar sobre todos os riscos e benefícios das técnicas que serão adotadas.

Partindo-se do pressuposto de que o paciente constitui a parte mais frágil da relação, tem-se que o consentimento informado somente estará presente caso o médico tenha prestado todas as informações de maneira clara e precisa, pois o objetivo é possibilitar ao paciente uma escolha verdadeira, a partir do conhecimento das possíveis consequências de optar ou não por se submeter a determinado tratamento médico, mediante assinatura do chamado “Termo de Consentimento Informado”.

Julio Cesar Galán⁸¹⁷ sustenta a necessidade de se considerar os aspectos objetivos e subjetivos que norteiam as informações a serem prestadas pelo médico. Em relação aos objetivos, esclarece que “importa observar a urgência do caso, a necessidade do tratamento, o perigo da intervenção, a novidade do tratamento, a gravidade da doença, maior ou menor

⁸¹⁶ CORRÊA, Márcia Maria de Barros - Direito de informação e consentimento informado. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. - **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 23-24.

⁸¹⁷ CORTÉS, Julio Cesar Galán - Consentimento informado. In ABELLÁN, Marina Gascón; CARRASCO, Maria del Carmen Gonzalez; MARTINEZ, Josefa Cantero, coord. - **Derecho Sanitário y Bioética – Cuestiones Actuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 391.

incerteza quanto ao resultado”. Já quanto aos subjetivos, afirma que “merecem destaque o nível cultural do paciente, sua situação pessoal, familiar, social e profissional”.

Stela Barbas frisa que, ao dar o seu consentimento, o doente passa a ser associado em uma tarefa comum aos enfermos e aos profissionais de saúde, promovendo-se, desta forma, o senso de responsabilidade do paciente e estimulando a sua capacidade de decisão final. O instituto do consentimento informado se constitui, de certa maneira, em uma garantia contra comportamentos autoritários, possibilitando que o paciente tenha voz ativa na definição daquilo que seja melhor para o seu corpo. Por outro lado, o consentimento informado se revela como uma proteção aos profissionais da área médica. A autora aduz que ele não deve ser visto de forma negativa, mas “sim como um meio de os proteger, responsabilizar e evitar que mais tarde venham a ser questionados sobre actos médicos sem a autorização dos pacientes”⁸¹⁸.

A propósito, Luís Archer considera imperativo que a pessoa seja “exaustivamente informada de todos os objetivos, circunstâncias, implicações e consequências da investigação planeada”, sob pena de se correr o risco de transformar a pessoa em verdadeiro instrumento, o que não seria ético. Para o autor, a opção exercida pelo indivíduo de se submeter a um determinado tratamento médico costuma ser objeto de uma “expressão talvez demasiado banalizada e burocratizada, o consentimento informado. Ele marca, na realidade, toda a diferença que vai entre escravo ou livre, entre ser cobaia ou senhor, entre ser coisa ou pessoa”⁸¹⁹.

Rui Nunes⁸²⁰, por seu turno, destaca que, hodiernamente, os testes genéticos preditivos vêm sendo utilizados em aplicações que fogem da área de atuação da medicina, como, por exemplo, no domínio laboral (para escolha de trabalhadores que detenham um determinado perfil genético), nos ramos de seguros de vida ou saúde (como critério de admissibilidade), bem como na seleção de comportamentos específicos no âmbito escolar ou universitário. Questiona até que ponto pode uma pessoa ser compelida a realizar testes genéticos, não só nos casos mencionados, mas também em outras circunstâncias, sem o seu devido conhecimento ou de forma forçada, concluindo que “os testes genéticos efetuados pelas empregadoras, pelas seguradoras e para efeito de adoção devem estar em consonância com os princípios

⁸¹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 328-330.

⁸¹⁹ ARCHER, Luís – Dimensões éticas da investigação biomédica. **Brotéria – Cultura e Informação**. Lisboa. Vol. 146, nº 2 (Fev. 1998), p. 174.

⁸²⁰ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 103.

internacionalmente aceites nesta matéria e já invocados, em particular a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos”.

Stela Barbas⁸²¹ alerta que a aplicação prática do consentimento informado no campo da genética encontra problemas, porque “a certeza e a segurança da informação pode ser limitada; a autenticidade do consentimento é susceptível de ser questionada; a decisão de cada indivíduo colide, por vezes, com interesses de terceiros”. Em relação à certeza e segurança das informações, ressalta a necessidade de se providenciar informações atualizadas sobre o teste. Por sua vez, a segurança depende do conhecimento já existente sobre a relevância do teste e a certeza de seus resultados. Destaca, outrossim, que, a despeito da atualização das informações, há a questão da autenticidade do consentimento, que pode ser influenciada por diversos fatores, como constrangimentos sociais, influência da autoridade que presta a informação ou mesmo pela possibilidade de que a explicação não tenha sido dada de forma correta ou não tenha havido o correto entendimento por parte do paciente.

Walter Osswald⁸²² adverte que o instituto do consentimento informado enfrenta limitações decorrentes das próprias condições que o caracterizam. A primeira delas é a capacidade ou a competência para a tomada de decisões, pois nenhuma pessoa poderá chegar a esta fase sem a necessária capacidade de entendimento das informações que lhe estão sendo prestadas, para analisá-las em conformidade com suas próprias experiências e convicções, possibilitando a tomada de atitude inteiramente voluntária e responsável. Nesse sentido, salienta que uma criança de tenra idade não será, obviamente, capaz de optar, mas indaga até quando se verificaria esta incapacidade: até a maioridade civil ou até a emancipação? Esclarece que, atualmente, é assente que um adolescente ou mesmo crianças na faixa etária de 10 a 12 anos são inteiramente capazes de colaborar no processo de decisão, de modo que não devem ser alijados de participar de todo o processo. Ao contrário, devem ser informados, ouvidos e ter as suas opiniões levadas em consideração, muito embora não possam dar a palavra final.

Diversa é a situação que envolve, por exemplo, “doentes inconscientes, comatosos, muitas vezes internados em cuidados intensivos e para os quais se impõe, frequentemente, a decisão de recorrer, ou não, a meios ditos extraordinários”. Nestes casos, o autor explica que

⁸²¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 330-332.

⁸²² OSSWALD, Walter – Limites do consentimento informado. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. p. 155.

deve haver necessariamente uma colaboração entre a equipe médica e os familiares do paciente e, na sua falta, a decisão caberia àqueles.

No que concerne à doença mental, sabe-se que ela pode ou não ocasionar a incapacidade do indivíduo, sendo certo que, hodiernamente, há uma tendência a se levar em consideração que uma grande parcela das pessoas acometidas deste tipo de enfermidade, desde que submetidas a tratamento adequado, mantêm sua capacidade de decisão, tornando-se aptas a consentir ou não às propostas que lhes são apresentadas.

Stela Barbas explica que o consentimento informado engloba três elementos, quais sejam, a capacidade, a voluntariedade e a informação. Assim, a pessoa que consente deve ser capaz, em termos jurídicos, ainda que, atualmente, como dito, se dê cada vez mais importância à manifestação de vontade de pessoas incapazes que possuem o grau de discernimento necessário. No que tange à voluntariedade, necessário se faz que o ser humano esteja a salvo de pressões de qualquer tipo, oriundas de interesses científicos, políticos, econômicos, culturais, religiosos ou outros. Por último, a pessoa deve também ser esclarecida de forma apropriada acerca do “diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e consequências possíveis do teste bem como da eventual intervenção em seu genoma”⁸²³.

Relativamente ao “Termo de Consentimento Informado”, Márcia Maria de Barros Corrêa⁸²⁴ esclarece que devem estar presentes os seguintes requisitos: capacidade do paciente; voluntariedade; compreensão; e prestação de informações relevantes.

Quanto à capacidade do paciente, note-se que todas as pessoas têm capacidade de direito, mas nem todas têm a de exercício. Partindo-se de um critério objetivo, a pessoa é capaz quando atinge a idade mínima estabelecida na legislação civil ou nos casos de emancipação. As demais hipóteses legais de supressão ou diminuição da capacidade de exercício levam em consideração características individuais da pessoa, sendo certo que as razões que levam à incapacidade possuem as mais diversas origens. Neste ponto, cumpre observar que vem sendo desenvolvida a ideia de “capacidade para consentir”, no sentido de que somente é válida a obtenção de consentimento do representante legal do paciente incapaz quando este não seja intelectual ou psicologicamente apto a “compreender a extensão e a repercussão do ato”. Busca-se, assim, a noção de discernimento do paciente. Para a autora, naquelas situações em que se

⁸²³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 333-334.

⁸²⁴ CORRÊA, Márcia Maria de Barros - Direito de informação e consentimento informado. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. - **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24-29.

visa à proteção dos direitos da personalidade (como vida, integridade ou saúde), “caberia ao próprio titular o direito de escolha e, caso haja incompatibilidade entre a vontade do incapaz e de seu representante, caberá ao Poder Judiciário solucionar a controvérsia”.

No que respeita ao requisito da voluntariedade, o que se deve observar é se o consentimento foi dado de forma livre, plena, espontânea e consciente, ou seja, isenta de qualquer vício que possa anulá-lo, como, por exemplo, erro, dolo ou coação.

Em relação à compreensão, considerando-se que o paciente é a parte mais frágil na relação médico-paciente, tem-se que a manifestação de vontade foi dada de maneira hígida se houve a exata compreensão de todas as informações inseridas no Termo de Consentimento Informado.

Por fim, quanto à prestação de informações relevantes, a autora explica que devem ser apontados: as figuras do médico informante e do paciente; o procedimento a ser realizado; os esclarecimentos quanto aos benefícios que razoavelmente podem ser esperados e os riscos significativos, respeitando-se as condições pessoais do paciente; prováveis complicações; eventual percentual de mortalidade e sequelas; alternativas de tratamentos comparadas ao proposto; custo do tratamento; esclarecimento sobre medicação exigível para a intervenção e seus riscos; possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo, mesmo nos momentos que antecedem o procedimento; satisfação do paciente quanto à informação e ao afastamento de dúvidas; assinaturas do médico, paciente e testemunhas, se houver.

É importante ressaltar que, em alguns casos, a formalização do Termo de Consentimento Informado é dispensada. Trata-se de situações em que haja iminente perigo de vida ou risco de lesões irreversíveis ao paciente, nas quais ele não estará apto a manifestar o seu consentimento, bem como em casos de urgência, com o objetivo de tentar preservar a sua vida ou integridade. Pode-se citar, também, as hipóteses de chamado risco intermediário, em que o paciente não tenha como prestar o consentimento, e os casos em que não se consiga encontrar quem autorize a intervenção, como forma de preservação da incolumidade do indivíduo.

Stela Barbas⁸²⁵ adverte que o consentimento informado, por si só, não resolve todas as situações que podem se apresentar – é justamente o caso, por exemplo, de eventual exigência de realização de determinado teste genético na fase pré-contratual de trabalho, em que o consentimento fica relegado a segundo plano. Ademais, pode haver conflitos entre os direitos

⁸²⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 331-332.

do doente e interesses de terceiros. Para a autora, o consentimento de um indivíduo pode limitar a possibilidade de outros não consentirem, mas, considerando que a sociedade possui o dever de salvaguardar os direitos e liberdades das pessoas, não se deve permitir que a liberdade de cada um condicione a liberdade dos outros. Assim, “nomeadamente, as opções sobre trabalho, privacidade e saúde devem ser tomadas não apenas pelo interessado mas, também, pela sociedade”.

Destaca, por fim, que o consentimento informado, por uma visão externa, propõe um livre critério, de modo que a própria pessoa possa ponderar “as hipóteses de realizar um certo trabalho, proteger a sua privacidade e a sua saúde e, desta forma, decidir ou não aceitar a realização do teste”. A questão que se põe é a de saber até que ponto a sociedade acertará no correto balanço entre o trabalho, a privacidade e a saúde. Caso haja conflito entre a decisão individual e aquilo que se considera o bem comum, devem ser estabelecidas certas limitações. De outro modo, os “valores que estão por detrás da realização dos testes genéticos podem entrar em conflito com os valores de uma sociedade democrática”.

Rui Nunes observa, ainda, que deve haver uma ponderação “dos valores éticos em causa – nomeadamente a autonomia individual *versus* considerações de beneficência e de não-maleficência face aos riscos potenciais”. Para o autor, é de suma importância um apropriado aconselhamento genético, efetuado “através de mediação por um profissional com preparação adequada na matéria”⁸²⁶.

Walter Osswald⁸²⁷ argumenta que a liberdade, como bem precioso que é, considerando o aspecto relacionado à autonomia, possui as suas limitações, mas poderá ser respeitada “quanto mais racional e ponderadamente for utilizada”. Assim, o “médico deste século, informado, competente e compassivo, respeitará a autonomia do seu doente e tentará sempre obter o seu consentimento informado, de modo a poder tê-lo como aliado, colaborador e co-responsável na tarefa de preservar a vida do seu paciente, garantindo-lhe a qualidade possível”.

Após todas estas considerações indispensáveis à exata compreensão da complexidade deste instigante tema, contribuiremos com uma proposta de solução ao problema equacionado, que procura, basicamente, responder à seguinte indagação: as entidades patronais podem exigir dos trabalhadores a realização de testes genéticos preditivos, para efeito de seleção de pessoal e de despedimento?

⁸²⁶ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 107.

⁸²⁷ OSSWALD, Walter – Limites do consentimento informado. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. p. 160.

4.3. Os critérios para a submissão de trabalhadores a testes genéticos preditivos: uma proposta de solução ao problema equacionado

O problema relativo à submissão de trabalhadores a testes genéticos preditivos para celebração ou manutenção de um contrato de trabalho, como já exposto, põe em rota de colisão direitos fundamentais cujos titulares não se limitam aos sujeitos diretamente envolvidos nesta questão, podendo alcançar terceiros, ou mesmo a comunidade como um todo, além, por certo, do próprio Poder Público.

Assim como se procede nos casos difíceis (*hard cases*), a técnica da ponderação deve procurar, à certa medida, a harmonização ou concordância prática dos direitos fundamentais colidentes, pautando-se pela aplicação dos instrumentais ínsitos a uma solução proporcional. Por isso, tendo mais uma vez como base as lições de Alexy⁸²⁸, deve-se indagar: será adequada a medida efetivamente apta a, na prática, fomentar ou definitivamente alcançar o objetivo a que se propõe? Será necessária a medida caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido? Será proporcional a medida, em sentido estrito, se ainda prevalecer após a ponderação entre a intensidade da restrição ao princípio de direito fundamental atingido e a importância da realização do princípio fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva? São questionamentos que devem subsidiar a formulação de qualquer proposta para enfrentamento desta controvérsia.

Como pondera João Nuno Zenha Martins, a liberdade de contratação encontra limites na ordem pública, no Direito, nos bons costumes e na dignidade da pessoa humana. Entretanto, a característica do vínculo empregatício e a finalidade duradoura do contrato de trabalho também se caracterizam como fatores importantes de ponderação, ante às pretensões patrimoniais de realização de testes genéticos antes da celebração do contrato de trabalho. Desta forma, impõe-se, de acordo com a especificidade do caso, a utilização da proporcionalidade em sua tríplice vertente: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou proibição de excesso⁸²⁹.

Roberto Camilo Leles Viana adverte sobre a necessidade de se evitar que as informações genéticas das pessoas sejam usadas de forma abusiva e discriminatória:

⁸²⁸ ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38-40.

⁸²⁹ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 66.

“Assim, todos os esforços deverão ser feitos no sentido de impedir que os dados genéticos humanos sejam utilizados de modo discriminatório na seara laboral, ou seja, de maneira que possam infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana, ou conduzir à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.

Por fim, deve-se repensar o que o homem entende como importante e avaliar os riscos do progresso científico. Faz-se necessária reflexão que permita captar as contingências sociais decorrentes das novas tecnologias e criar limites ao emprego do conhecimento científico, por meio de ditames éticos e jurídicos. A função da sociedade e do Direito é reconhecer a tempo os riscos acarretados pelas novas práticas e limitá-las de acordo com um princípio de prevenção, pois nem tudo que é possível de ser realizado é necessariamente permitido”⁸³⁰.

Assim, a ponderação dos valores éticos em causa – nomeadamente a autonomia individual *versus* considerações de beneficência e de não-maleficência face aos riscos potenciais – sugere alguma precaução no que se refere ao acesso a uma tecnologia que não se encontra adequadamente disciplinada.

Focando-se, objetivamente, na busca de uma proposta de solução razoável em face deste complexo contexto ponderativo, compartilhamos do entendimento de que a liberação irrestrita de realização de testes genéticos na seara da contratação laboral contribuirá, em muito, para um determinismo biológico do comportamento humano, que inviabilizará a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de trabalho, provocando o surgimento de uma legião de trabalhadores desempregados, os chamados saudáveis doentes ou doentes assintomáticos, em razão de meras predisposições multifatoriais, que sequer podem vir a se revelar no futuro⁸³¹.

Com efeito, dificilmente se evitará a conduta discriminatória com fundamento no patrimônio genético do trabalhador, promovendo distinções infundadas, que não se relacionem diretamente com as qualificações técnicas e as aptidões exigíveis em razão da natureza da atividade a ser exercida. Repise-se que a pessoa humana não se restringe ao seu genoma⁸³²,

⁸³⁰ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 103.

⁸³¹ Veja-se, a propósito, a seguinte reflexão: “Uma questão surge ainda: será que poderemos ser considerados doentes, quando portadores de uma anomalia genética, que não se exprimiu ainda e que talvez nunca se exprima? Estará alguém totalmente isento de genes mutantes predispondo à doença? Poderá alguém dizer que é absolutamente são, normal e imune ao sofrimento?” SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 23.

⁸³² A utilização de testes genéticos no âmbito da contratação laboral pode vir a reduzir o trabalhador à sua dimensão genética, acarretando um determinismo genético negativo, de forma a inviabilizar o acesso de uma legião de trabalhadores ao mercado de trabalho. Ademais, corre-se o sério perigo de transformação de um mero risco na própria doença, trazendo inúmeras consequências negativas à classe trabalhadora. Reitere-se, outrossim, que a maioria das características fenotípicas de um indivíduo, bem como a generalidade das situações de doenças em que este se pode vir a encontrar, são devidas à hereditariedade multifatorial e, por isso, decorrem da interação entre os genes e o meio ambiente.

sendo também constituída por dimensões de natureza racional e espiritual⁸³³, assim como por aspectos decorrentes de uma vivência ambiental (sociabilidade)⁸³⁴. Logo, não é por meio da submissão do trabalhador a testes genéticos que a entidade empregadora poderá aferir a sua aptidão para o exercício de determinada função⁸³⁵.

Como afirma Maria Luisa Portocarrero Silva, as pessoas devem ser tratadas como fins em si e nunca como meios, pois têm um valor e são dignas de respeito. Não são coisas, que possuem um preço e, desta forma, podem ser manipuladas, compradas e vendidas. Além disso, a pessoa tem uma autonomia que a distingue do animal pelo fato de não surgir no seio da evolução, como este, absolutamente pronta e acabada, isto é, totalmente determinada por um código biológico que lhe impusesse determinados comportamentos. Trata-se de sujeito capaz de se designar a si mesmo como autor de seus atos, sendo um agente livre, suscetível de se dar a si mesmo a lei da sua própria ação e de agir unicamente em função desta lei, o que significa que transcende pelo seu poder de intervenção os limites estreitos do âmbito da utilidade e da autoconservação, próprios do animal, abrindo-se ao mundo da iniciativa, da temporalidade e da história⁸³⁶.

Outro efeito nefasto desta liberação seria a adoção de práticas eugênicas, com vistas ao atendimento das exigências de perfil genético ditadas pelo mercado de trabalho, atentando-se contra a identidade genética do trabalhador e de suas futuras gerações. Premidos pelo instinto natural de sobrevivência e pela necessidade de acesso ao trabalho, haverá uma massa de trabalhadores recorrendo à manipulação do seu patrimônio genético, com o objetivo de adequá-lo aos interesses empresariais, de ordem exclusivamente patrimonial.

A propósito, Roberto Camilo Leles Viana afirma ser necessário cuidar para que não haja uma procura pelo indivíduo “perfeito”, sob pena de se incutir na sociedade uma falsa ideia sobre a “existência de genomas imaculados ou mais desenvolvidos, efetivando o ‘mito da saúde

⁸³³ “De alguma forma, no homem convergem e harmonizam-se os princípios da natureza e do espírito”. NEVES, Maria do Céu Patrão – O genoma e a identidade da pessoa. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 33.

⁸³⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 172.

⁸³⁵ A contratação de um trabalhador deve se basear somente nas suas qualificações e na capacidade para o exercício da função, sendo descabida quaisquer outras exigências não vinculadas à aptidão para o trabalho.

⁸³⁶ SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 14-15.

perfeita’ e influenciando as opções reprodutivas, com o objetivo de procriação exclusiva de pessoas com as características almejadas pelo mercado”⁸³⁷.

Na lição de Maria do Céu Patrão Neves, torna-se evidente a exigência de uma reflexão ética na apreciação das ações presentes e na orientação das ações futuras. A exigência da estruturação da racionalidade dos diferentes modos de agir, tendo em consideração o princípio que os determina, a finalidade que visam a par das consequências que implicam e sempre num critério coerente e unitário de promoção do Homem, sujeito e objeto da ética, ou melhor, seu autor real e fim incondicionado. Sob a ética da pessoa humana, exige-se uma atenção específica dedicada à constituição da identidade da pessoa singular, à medida em que a dignidade da pessoa se refere à sua unicidade original, de que decorre o seu incondicional valor. Por sua vez, os geneticistas concordam que pouco se avançou para além de uma “genômica estrutural”, ou seja, da construção dos mapas genético, físico e de transcrição de um organismo e que, sem um paralelo avanço da “genômica funcional”, isto é, do conhecimento da expressão gênica, pouco se poderá concluir com objetividade acerca do todo do organismo, nomeadamente do humano⁸³⁸.

Cabe destacar também a tentação quase irresistível das entidades empregadoras de procurarem selecionar candidatos que sejam mais resistentes aos agentes nocivos presentes no local de trabalho, em detrimento do seu dever de manutenção da higidez do meio ambiente laboral, mediante o cumprimento das normas gerais de saúde e de segurança no trabalho, com o claro escopo de diminuir os custos da produção e ganhar competitividade no mercado⁸³⁹.

Sabe-se que o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho. A presente característica é também conhecida pela denominação de “alteridade” (*alter*: outro; - *i* -; *dade*: qualidade – isto é, qualidade do outro ou que está no outro). Sugere a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os

⁸³⁷ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. p. 102.

⁸³⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão – O genoma e a identidade da pessoa. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 25-30.

⁸³⁹ Sobre o tema, João Nuno Zenha Martins assevera que “o pragmatismo empresarial favorecerá o aparecimento de situações discriminatórias, que sobrepujarão os casos em que o empregador recorrerá à melhoria dos dispositivos de segurança e higiene laborais, sendo mais cómoda a manutenção dos contratos ou contratação de pessoas menos vulneráveis a tais substâncias químicas e que apresentem maiores índices de robustez física possibilitantes de uma prestação laboral mais efectiva”. MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 20.

derivados do próprio trabalho prestado. Ao se referir à ideia de riscos, o que pretende a ordem justralhista é traduzir a ideia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados do trabalho prestado, além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento⁸⁴⁰.

Por certo, como corolário, o empregador também responde pela preservação do meio ambiente laboral⁸⁴¹, tendo por dever a redução dos riscos ocupacionais à saúde e à segurança dos trabalhadores⁸⁴², e independentemente de eventuais predisposições de ordem genética de determinados indivíduos. Neste sentido, Luís Menezes Leitão:

“O mais importante dever acessório que recai sobre o empregador respeita à protecção da segurança e saúde do trabalhador. Por esse motivo, o empregador é obrigado a proporcionar ao trabalhador boas condições de trabalho do ponto de vista físico (art. 127º, nº 1, c), prevenir riscos e doenças profissionais e indemnizar os prejuízos resultantes de acidentes de trabalho (art. 127º, nº 1, g), adoptar as medidas de higiene, segurança e saúde no trabalho que forem impostas por lei ou IRC (art. 127º, nº 1, h) e fornecer ao trabalhador a formação e informação necessárias à prevenção dos riscos de acidente e doença (art. 127º, nº 1, i).

Este dever vem a ser concretizado especificamente nas normas relativas à higiene e segurança no trabalho, constantes da Lei 102/2009, de 10 de Setembro.

Destas normas resulta assim que o empregador tem um específico dever de proteger especialmente a segurança e a saúde do trabalhador aquando da realização da prestação laboral. Esse dever não implica naturalmente a exclusão total dos riscos laborais, uma vez que tal não é normalmente possível, mas obriga todas as medidas necessárias à minimização desses riscos”⁸⁴³.

Em Portugal, o artigo 127º, item I, do Código do Trabalho estabelece como deveres do empregador, entre outros: proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral (c); prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indenizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho

⁸⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 447.

⁸⁴¹ O meio ambiente do trabalho insere-se no meio ambiente como um todo, o qual, por sua vez, integra o rol de direitos humanos fundamentais, inclusive por ter como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, valor supremo que revela o carácter único e insubstituível de cada ser humano, figurando, ainda, como verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1.048.

⁸⁴² “É dever e tarefa primordial do empregador e/ou tomador de serviços manter um ambiente do trabalho que preserve a saúde e integridade física e mental do trabalhador, evitando a ocorrência de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, infortúnios que provocam gravíssimas repercussões tanto na esfera patrimonial quanto nos âmbitos jurídico e empresarial”. MELO, Raimundo Simão de – **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 67. No mesmo sentido: “É direito de todo trabalhador desenvolver suas atividades laborativas em condições dignas, necessárias à preservação de sua saúde. Decorre, daí, o dever do empregador de proporcionar tais condições, adotando as medidas preventivas e envidando esforços para que o ambiente de trabalho seja seguro e salubre, o melhor possível e desejável”. NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha – A responsabilidade empresarial pelo meio ambiente do trabalho. In GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA Rúbia Zanotelli, coord. - **Direitos Humanos e Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 59.

⁸⁴³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 354.

(g); adotar, no que se refere a segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram de lei ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (h); e fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença (i)⁸⁴⁴.

O artigo 281 do Código Laboral português enuncia os seguintes princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho: o trabalhador tem direito a prestar trabalho em condições de segurança e saúde (nº 1); o empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção (nº 2); 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 (nº 3); os empregadores que desenvolvam simultaneamente atividades no mesmo local de trabalho devem cooperar na proteção da segurança e da saúde dos respectivos trabalhadores, tendo em conta a natureza das atividades de cada um (nº 4); a lei regula os modos de organização e funcionamento dos serviços de segurança e saúde no trabalho, que o empregador deve assegurar (nº 5); 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 (nº 6); e 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 (nº 7)⁸⁴⁵.

A seu turno, a Lei nº 102/2009, de 10 de setembro, dispõe sobre o regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho⁸⁴⁶, prevendo, no artigo 5º, os seguintes princípios gerais: “1 - O trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições que respeitem a sua segurança e a sua saúde, asseguradas pelo empregador ou, nas situações identificadas na lei, pela pessoa, individual ou coletiva, que detenha a gestão das instalações em que a atividade é desenvolvida. 2 - Deve assegurar-se que o desenvolvimento económico promove a humanização do trabalho em condições de segurança e de saúde”.

Com base no artigo 15º do referido diploma legal, compete ao empregador assegurar ao trabalhador condições de segurança e de saúde em todos os aspectos do seu trabalho (nº 1),

⁸⁴⁴ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 71-72.

⁸⁴⁵ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.130-131.

⁸⁴⁶ LEI nº 102/2009, de 10 de Setembro [Em linha]. [Consul. 13 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis.

devendo 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 (nº 2): 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 concepção 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 concepção 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 trabalhador. Ademais, o empregador suporta a totalidade dos encargos com a organização e o funcionamento do serviço de segurança e de saúde no trabalho e demais sistemas de prevenção, incluindo exames de vigilância da saúde, avaliações de exposições, testes e todas as ações necessárias no âmbito da promoção da segurança e saúde no trabalho, sem impor aos trabalhadores quaisquer encargos financeiros (nº 12).

Registre-se também que o Capítulo V da Lei nº 102/2009 trata da proteção ao patrimônio genético. O artigo 42º, ao dispor sobre a avaliação de riscos suscetíveis de efeitos prejudiciais no patrimônio genético, normatiza que o empregador deve verificar a existência de agentes ou fatores que possam ter efeitos prejudiciais para o patrimônio genético e avaliar os correspondentes riscos (nº 1). A avaliação de riscos deve ter em conta todas as informações disponíveis, nomeadamente: a) a recolha de informação sobre os agentes ou fatores; b) o estudo dos postos de trabalho para determinar as condições reais de exposição, designadamente a natureza do trabalho, as características dos agentes ou fatores, os períodos de exposição e a

interação com outros riscos; c) as recomendações dos organismos competentes no domínio da segurança e da saúde no trabalho (nº 2). Prescreve, ainda, que a avaliação de riscos deve ser feita trimestralmente, bem como quando haja alteração das condições de trabalho suscetível de afetar a exposição dos trabalhadores, os resultados da vigilância da saúde o justifiquem ou se verifique desenvolvimento da investigação científica nesta matéria (nº 3). Prevê, por fim, que a avaliação de riscos deve identificar os trabalhadores expostos e aqueles que, sendo particularmente sensíveis, podem necessitar de medidas de proteção especial (nº 4).

O artigo 43º versa sobre os deveres de informação específica, preconizando que, sem prejuízo das obrigações gerais em matéria de informação e consulta, o empregador deve disponibilizar informação atualizada aos trabalhadores e aos seus representantes para a segurança 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 patrimônio genético; b) os resultados da avaliação dos riscos; c) a identificação dos trabalhadores expostos (nº 1).

Por outro lado, o artigo 44º, ao abordar a vigilância da saúde, dispõe que, 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 patrimônio genético, através de exames de saúde, devendo ser realizado um exame antes da primeira exposição (nº 1).

Na ordem jurídica brasileira, o artigo 157 da Consolidação das Leis do Trabalho⁸⁴⁷ dispõe ser dever das empresas: “I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente”. O artigo 166 do mesmo diploma consolidado estabelece que a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Diante disso, pode-se afirmar, conforme Pedro Romano Martinez, que o empregador não deve conceber o trabalhador como um mero elemento do processo produtivo, assimilável

⁸⁴⁷ CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452/43, de 1 de Maio [Em linha]. [Consult. 31 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

a qualquer bem de equipamento, mas como uma pessoa que se integra na estrutura empresarial; dito de outro modo, o trabalhador deve ser visto como um colaborador do empregador, tendo em conta que a relação laboral não pode desumanizar o prestador de trabalho. Assim, o empregador tem por dever proporcionar boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral e contribuir para a elevação do nível de produtividade do trabalhador, designadamente promovendo a formação profissional deste⁸⁴⁸.

Desse modo, não basta ao sistema jurídico assegurar direitos reparatórios aos lesados (monetização do risco, segundo visão da infortunistica); é imperioso, também, exigir que o empregador ou tomador de serviços adote os recursos e tecnologias disponíveis para evitar acidentes e doenças ocupacionais (visão prevencionista). Na escala dos valores, acima dos direitos decorrentes do trabalho, devem figurar as garantias possíveis da preservação da vida e integridade física e mental do trabalhador⁸⁴⁹.

Cláudio Brandão sustenta que o direito à vida e à integridade psicofísica se sobrepõe ao direito de defesa ou ao direito de propriedade de que é titular o empresário, porque não resta dúvida de que a vida do trabalhador prevalece sobre qualquer interesse material ou econômico do empregador. “O trabalhador deve permanecer em um ambiente de trabalho que proporcione condições dignas de saúde e segurança, que devem ser observadas pelo empregador e pelo Poder Público”⁸⁵⁰.

Ressalte-se, ainda, que tanto a higidez física, como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra⁸⁵¹.

Para Raimundo Simão de Melo, pode-se afirmar de maneira inequívoca que a tutela constitucional do meio ambiente do trabalho aponta para a necessidade de que todos os particulares, no exercício de sua livre iniciativa, estejam vinculados ao dever de envidar esforços contínuos no sentido de reduzir os riscos à vida e à integridade física dos obreiros independentemente da existência de vínculo contratual com o detentor dos meios de produção, consagrando a correspondente responsabilidade objetiva e solidária de todos os causadores de

⁸⁴⁸ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 630.

⁸⁴⁹ ROCHA, Fábio Ribeiro da – **Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado – A responsabilidade civil do tomador de serviço**. São Paulo: LTr, 2016. p. 45.

⁸⁵⁰ BRANDÃO, Cláudio – **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 296.

⁸⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 690.

danos ao meio ambiente laboral, mantendo-se em aberto às decisões em torno da aplicabilidade de tal sistemática à reparação dos acidentes e doenças do trabalho⁸⁵².

Verifica-se, assim, que permitir o acesso irrestrito do empregador aos dados genéticos do candidato a emprego ou do empregado é abrir as portas para a prática do *dumping* social e ambiental, com graves repercussões na livre concorrência, inclusive no plano internacional, em face da globalização que caracteriza as sociedades contemporâneas⁸⁵³.

Ademais, a análise desenfreada das informações genéticas dos trabalhadores, além de constituir grave violação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, atentaria contra o direito do cidadão de não saber sobre o seu estado de saúde, se assim o desejar, como desdobramento inequívoco do direito à autodeterminação informacional⁸⁵⁴.

Acrescem-se também as dificuldades que normalmente se apresentariam à manutenção da confidencialidade destes dados genéticos. Na prática, poderá haver fugas de informação sobre o estado de saúde do trabalhador, cujos reflexos negativos sobre o desenvolvimento da sua personalidade se têm por evidentes⁸⁵⁵.

Todavia, a vedação absoluta à realização de testes genéticos no âmbito das relações de trabalho pode representar, em razão da própria natureza da atividade laboral, uma forte ameaça à proteção e à segurança dos trabalhadores ou de terceiros, a despeito de qualquer discussão

⁸⁵² MELO, Raimundo Simão de – **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 301.

⁸⁵³ *Dumping* social é uma prática de certas empresas que procuram um aumento dos lucros deslocando-se de um local para outro onde os salários são mais baixos e/ou os direitos dos trabalhadores mais precários. Desta forma, as empresas conseguem colocar os seus produtos no mercado internacional com preços altamente competitivos. Outra forma corriqueira de configuração do *dumping* social é a utilização da precarização das relações de trabalho, em fraude às normas de proteção ao emprego, com vistas à redução do custo da produção, a fim de diminuir o preço final do produto a ser comercializado e assim ganhar competitividade no mercado interno e/ou externo. Também pode ser mencionada a inobservância das normas de saúde e de segurança do trabalho, colocando em risco a vida e a saúde dos trabalhadores e, desta forma, “barateando” o custo da produção. Dentro do contexto de proteção ao meio ambiente, configura-se o *dumping* ambiental quando as empresas escolhem instalar seus estabelecimentos em países que são destituídos de uma política ambiental de proteção. Assim, os preços ficam mais baixos, mas o ambiente sai altamente prejudicado, porque tecnologia para a proteção do ambiente muitas vezes significa um grande investimento para as empresas.

⁸⁵⁴ BARBAS, Stela – O direito de não saber o seu estado de saúde. **Forum Iustitiae: Direito e Sociedade**. Ano I, nº 12 (Junho de 2000), p. 41-42. Adverte, porém, a autora que o direito a não saber não é absoluto, já que pode vir a colidir com interesses de terceiros, nomeadamente a família, a sociedade etc. A revelação do resultado do exame ao próprio indivíduo e aos restantes membros da sua família é, por vezes, de extrema importância, a fim de que possam ser tomadas medidas diagnósticas, preventivas ou terapêuticas. A tentativa de diminuição da ansiedade, a preparação emocional para a doença, bem como o planeamento da vida no que concerne à tomada de determinadas decisões, são, também, em regra, alguns dos argumentos articulados pelos familiares em risco para acessarem os resultados dos testes genéticos. Sem falar, ainda, na existência de situações em que a informação revelada é a única forma de evitar que terceiros sejam afetados.

⁸⁵⁵ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 21.

acerca da ofensa ou não aos núcleos essenciais dos direitos à iniciativa econômica e à autonomia de vontade privadas e seus inquestionáveis reflexos de natureza econômica.

A relevância das questões apresentadas reivindica a existência de um marco regulatório conciliador dos interesses potencialmente colidentes entre a Ciência e o Direito, impondo uma reforma da legislação trabalhista que compatibilize a experiência jurídica especializada e os novos conhecimentos advindos do progresso científico no âmbito da medicina genética.

Urge, desta forma, a elaboração de diplomas normativos que indiquem quais os setores de atividades e funções em que se permite a realização destes testes genéticos preditivos, bem como as categorias de trabalhadores que a eles devem se submeter, tendo sempre por base os estudos elaborados por instituições especializadas e de notório reconhecimento na comunidade científica.

De qualquer modo, vislumbra-se que a submissão de trabalhadores (candidatos a emprego ou empregados efetivos) a testes genéticos somente se justifica para a detecção de doenças monogênicas (aquelas de origem genética que quase certamente irão se manifestar no futuro) e desde que impliquem um grave risco à vida, à saúde ou à segurança dos próprios trabalhadores ou de terceiros, em razão da natureza das atribuições inerentes às respectivas funções laborais⁸⁵⁶. Isso porque não é muito difícil considerar que as pessoas, indistintamente, são portadoras de alguma deformidade genética. Vale dizer, todos são portadores de defeitos genéticos, estimando-se que, dentre cerca de quatro mil defeitos monogênicos conhecidos, toda pessoa carrega de quatro a cinco em sua constituição genética, que podem ser transmitidos à sua descendência⁸⁵⁷.

Não se pode exigir, portanto, que um trabalhador se submeta a exames genéticos para a aferição de doenças multifatoriais (poligênicas), as quais podem vir a não se manifestar e não decorrem unicamente de uma enfermidade genômica. Ademais, a maior parte dos indivíduos

⁸⁵⁶ Vale destacar que o artigo 13º da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, disciplina especificamente os testes genéticos no emprego, proibindo, como regra, que estes sejam exigidos ou utilizados para admissão de trabalhadores ou no curso do contrato de trabalho, ainda que com o consentimento dos trabalhadores. Todavia, entre as exceções à vedação da utilização de testes genéticos no emprego, estabelece as situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública (nº 4). Neste caso, os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador, devem ser selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador.

⁸⁵⁷ WILKIE, Tom – **Projeto genoma humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 40.

são dotados de predisposições para doenças que somente se manifestarão em certas condições ambientais⁸⁵⁸.

Sobre o tema, Stela Barbas observa que a heterogeneidade genética significa que uma determinada característica pode se manifestar de uma forma ou de outra para cada pessoa, havendo ou não a influência de fatores externos⁸⁵⁹. A propósito, esclarece:

“(…) as predisposições genéticas são meras probabilidades. A interacção dos diversos genes envolvidos não foi suficientemente investigada de modo que não se pode afirmar com segurança que determinada enfermidade irá se concretizar. Mesmo que se manifeste não é possível prever quanto tempo vai demorar até que isso aconteça. E não se pode saber qual o grau de gravidade com que se vai exteriorizar, pois depende de caso para caso. Há todo um conjunto de factores, incluindo os ambientais, susceptíveis de aumentar ou minimizar essas predisposições. Por exemplo, a idade, o sexo, a alimentação, os medicamentos, o *stress*, o tabaco, o consumo de drogas e ou de álcool desempenham, frequentemente, um papel fundamental nesta área”⁸⁶⁰.

No mesmo sentido, Guilherme de Oliveira destaca que as previsões baseadas naquilo que se observa de um gene defeituoso não são absolutas, pois pode ser que este nunca venha a se manifestar. E, ainda que se manifeste, originando uma doença, não há como garantir ou fixar o período temporal que levará para o seu surgimento e a manifestação de sintomas. Também é pequeno o grau de previsibilidade acerca da severidade com que a doença irá se manifestar em cada caso concreto⁸⁶¹.

Destarte, percebe-se que o uso dos testes genéticos e os riscos a estes associados não estão presentes apenas em seu significado real, mas também no sentido de prognóstico que lhe é emprestado. Em outras palavras, pode ser que sejam extraídas conclusões equivocadas a respeito das características genéticas sob investigação, em relação ao desenvolvimento da saúde da pessoa. Assim, o termo prognóstico não significa predestinação biológica, uma vez que a maioria das doenças não são monogênicas, mas, ao contrário, multifatoriais, somente se manifestando quando aliadas a fatores ambientais. Importa registrar, ademais, que não é assente

⁸⁵⁸ Conforme já salientado em tópico anterior, negar o acesso ao trabalho, ou mesmo a sua manutenção, a um indivíduo em razão de simples predisposições para doenças configura-se despropositado e arbitrário, uma vez que a detecção de um gene reconhecidamente associado a uma enfermidade não assegura que esta, no futuro, se manifestará. Por seu turno, a heterogeneidade genética possibilita que o próprio traço em questão possa se revelar de maneira distinta em relação a cada pessoa, independentemente da influência ambiental.

⁸⁵⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 594.

⁸⁶⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 676.

⁸⁶¹ OLIVEIRA, Guilherme de – Implicações jurídicas do conhecimento do genoma. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.154.

o entendimento de que a estrutura genética de um indivíduo possa ser considerada defeituosa, dado que o genoma de todo ser humano apresenta certas anormalidades⁸⁶².

Para melhor compreensão do alcance dos testes genéticos preditivos, foi realizada, no âmbito de nossa pesquisa, uma entrevista acadêmica com o biólogo geneticista Welbe Oliveira Bragança⁸⁶³, atual gerente do Laboratório de Genômica e Expressão do Departamento de Genética, Evolução e Bioagentes do Instituto de Biologia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)⁸⁶⁴.

Segundo o conceituado profissional, as doenças monogênicas são aquelas decorrentes de alterações em apenas um gene. Por serem hereditárias, podem ser denominadas de autossômicas dominantes, recessivas ou ligadas ao sexo. Muitas vezes, são doenças de difícil tratamento e dificilmente se pode afirmar com precisão quando terão início e como se desenvolverão, embora seja possível apontar um período ou intervalo de tempo aproximado em que os sintomas se manifestarão. Embora estas doenças possam ser mais facilmente previstas por meio de exames moleculares, nada ou muito pouco se pode fazer para evitar o seu surgimento, mas algumas medidas relacionadas à alimentação, ao estilo de vida e a medicações podem amenizar os sintomas ou melhorar a qualidade de vida da pessoa.

⁸⁶² WIESE, Günther – **Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales. El derecho ante el proyecto genoma humano**. Bilbao: Fundación BBV, 1994. p. 262-264.

⁸⁶³ Biólogo Geneticista. Graduado em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP - 1998). Mestre em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP - 2002). Doutor em Genética Humana pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP - 2007). Entrevista em 16 de fevereiro de 2018.

⁸⁶⁴ Na empresa "Laboratórios TASQA" atuou como biólogo responsável pela implantação, treinamento de equipe e gerenciamento do Laboratório de Microbiologia e Biologia Molecular no período de 2000 a 2003. Foi o fundador e Coordenador do "Laboratório Exactgene", onde, no período de 2000 a 2013, atuou no estabelecimento de estratégias aplicadas à criminalística, genética forense e diagnósticos moleculares, bem como desenvolveu diversos marcadores moleculares para a genotipagem de vírus e micro-organismos de aplicação à área médica e indústria de alimentos, cosméticos e produção de etanol. Em 2003, foi aprovado em concurso público para a função de biólogo gerente do Laboratório de Genômica e Expressão na UNICAMP, onde atua na equipe como gestor, supervisionando todas as frentes de pesquisa, bem como ministrando aulas nas diferentes disciplinas de Genética e Biotecnologia assumidas pelo LGE. Orientou diversos trabalhos na área de genética médica em estudos de marcadores moleculares no diagnóstico de doenças genéticas e infecciosas. Membro da Comissão Interna de Biossegurança do Instituto de Biologia/UNICAMP desde 2016. Foi agraciado com quatro prêmios dentre os quais: IV Prêmio de atualização científica da SBU/SP, em 1998, recebendo o terceiro lugar; Prêmio Inventores Unicamp 2012; primeiro lugar no Instituto de Biologia, bem como o segundo lugar geral da UNICAMP no prêmio PAEPE, edição 2015. Tem grande experiência em ensino e na gestão de pessoas e coordenação de laboratórios, bem como na área de genética, biologia molecular e biotecnologia, com ênfase no desenvolvimento e análises de marcadores moleculares de aplicação na esfera forense e na identificação humana, animal, vegetal e de micro-organismos. Participou do desenvolvimento de marcadores para genotipagem de leveduras de interesse aplicado ao setor sucroenergético, gerando uma patente que foi licenciada e está em pleno uso por usinas de cana de açúcar. Faz parte da equipe de coordenação do laboratório no desenvolvimento de tecnologias para mitigar problemas tanto para o etanol de primeira geração quanto para tecnologias emergentes como o etanol 2G, além de outras linhas de pesquisa em biotecnologia. *Curriculum Lattes* disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2521204821895384>.

Explica, ainda, que as chamadas doenças multifatoriais têm origem na combinação de diversos fatores, como diferentes mutações genéticas – que, isoladamente, têm pouco efeito, mas em conjunto podem gerar uma predisposição aumentada – e interação com o ambiente e variáveis relacionadas ao estilo de vida (alimentação, estresse, tipo de trabalho, local de moradia, tipo de ar que se respira, temperatura e umidade de onde se vive, proximidade do mar, altitude etc.). São exemplos de doenças multifatoriais: o câncer, as doenças cardíacas e a hipertensão. Tais interações mostram-se complexas e poucos conhecidas, não sendo possível controlar todos os fatores que podem interferir. Estas doenças multifatoriais (genéticas ou com a predisposição genética) são chamadas de poligênicas e, nestes casos, o que se pode detectar em exames moleculares é apenas uma predisposição ou um aumento das chances de se desenvolver aquela doença, sem tanto poder preditivo como nas doenças monogênicas.

Em síntese, pode-se afirmar que as doenças monogênicas são “piores”, no que se refere à possibilidade de tratamento, mas sua previsibilidade é bem maior, em razão da facilidade de realização de testes genéticos para sua detecção. Já as doenças poligênicas, em que pese a dificuldade que envolve o seu diagnóstico preditivo molecular, uma vez detectadas, apresentam maiores possibilidades de se alterar o seu curso ou mesmo evitá-las, por meio de mudanças em diferentes campos da vida do indivíduo.

Ainda em relação às doenças monogênicas, o especialista esclarece que, na maioria dos casos, é possível afirmar que elas são de manifestação tardia, em virtude de haver uma certeza quase absoluta de que a doença irá se manifestar, sendo apenas uma questão de tempo. Contudo, elas também podem ser influenciadas por outros genes ou por fatores ambientais. Por outro lado, existem novos processos em estudo que podem, por exemplo, silenciar determinados genes, de modo que sua previsibilidade, embora alta, não pode ser considerada determinante. Assim, existem diferentes tipos de manifestações das doenças, “forças maiores”, penetrância e expressividade de diferentes graus, tudo a dificultar que se façam afirmações categóricas mesmo quanto às doenças consideradas mais “certas”, como as monogênicas. Frisou também que, embora todas as doenças poligênicas sejam multifatoriais, existem genes mais “fortes” que outros, ou seja, mais expressivos. Desse modo, as interações entre os genes são variáveis, tal como ocorre com as interações com o ambiente.

Indagado acerca da existência de patologias de manifestação tardia cujo tempo de evolução ou imprevisibilidade acarrete riscos a um trabalhador ou a terceiros, inclusive colegas de trabalho e demais membros da comunidade, em virtude da natureza da atividade laboral, Welbe Oliveira Bragança assim respondeu:

“Não conheço nenhuma patologia, seja ela genética ou não, que tenha manifestação súbita e tão discreta que não se possa avaliar com exames preventivos rotineiros. Esses exames poderão ocorrer em intervalos definidos pela necessidade de olhar cada indivíduo com suas tendências genéticas. Assim, um indivíduo com maior predisposição a enfarto vai ter um acompanhamento mais fino em relação ao seu coração e sistema circulatório. Um indivíduo com maior predisposição a aneurisma poderá fazer o mesmo...distúrbios comportamentais, que poderiam gerar tais riscos repentinos também poderiam ter seu potencial de manifestação avaliado por um acompanhamento rotineiro e clínico. Além disso, distúrbios comportamentais e tendências a enfarto e aneurisma são poligênicos, multifatoriais e de forma alguma poderiam ter um diagnóstico determinante na vida de um indivíduo, apenas servir de alerta para se mudar o estilo de vida”.

Muito embora reconheça que o atual estágio da medicina preditiva permite detectar predisposições para diversas doenças genéticas ou mesmo para alguns tipos de sensibilidade para doenças não genéticas, o ilustre biólogo geneticista salienta que, em muitos casos, uma predisposição não significa necessariamente que o indivíduo desenvolverá a doença, pois, normalmente, isto depende de uma série de fatores internos e externos e interações, que podem ou não ocorrer. Por isso, na sua avaliação, uma predisposição detectada serve para que um indivíduo tome medidas preventivas relacionadas à alimentação, estilo de vida etc., mas “não pode ser determinante para nada, menos ainda servir para um empregador escolher determinado funcionário”.

Verifica-se, pois, que a utilização das informações genéticas das pessoas, mormente no âmbito da relação laboral, reveste-se de incertezas advindas da própria ciência, pois as predisposições genéticas estão sujeitas a uma variada gama de interações, não somente entre os próprios genes, mas também com o ambiente circundante, fatos esses que ainda não se encontram devidamente investigados. Portanto, não há, na verdade, a certeza absoluta de que uma determinada doença venha a se manifestar⁸⁶⁵.

Por outro lado, cumpre às empresas assegurar um meio ambiente de trabalho saudável a todos os trabalhadores, sem distinção, protegendo-os dos efeitos nocivos de agentes físicos, químicos ou biológicos eventualmente presentes no local de trabalho e que possam vir a desencadear qualquer tipo de patologia, independentemente de sua propensão genética, em cumprimento às normas de medicina do trabalho. A adoção de entendimento em contrário terá o efeito de transferir para os trabalhadores, que são a parte hipossuficiente da relação de emprego, todos os riscos inerentes à contratação de pessoal e à própria atividade econômica, os quais devem ser assumidos pelo empregador, em razão da alteridade que lhe é ínsita.

⁸⁶⁵ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health. **Genetics in the workplace: implications for occupational safety and health**. NIOSH, 2009. p. 58.

Ressalte-se, ainda, que nem todas as doenças monogênicas inviabilizam, por si só, a contratação do trabalhador ou mesmo a manutenção do seu contrato de trabalho⁸⁶⁶, mas somente aquelas incuráveis e cujo tempo de evolução ou imprevisibilidade possa trazer riscos à vida, à saúde e à segurança dos próprios trabalhadores ou de terceiros, inclusive colegas de trabalho e membros da comunidade, em virtude das peculiaridades da natureza da atividade laboral. Em se tratando de trabalhadores que padecem de doenças monogênicas curáveis (para as quais há terapia disponível), o direito ao trabalho deve-lhes ser assegurado caso se submetam ao tratamento adequado e eficaz, sem quaisquer riscos aos próprios e a terceiros, levando-se sempre em conta o tipo de trabalho a ser desempenhado.

Ainda que admitida, e a título excepcional, a possibilidade de realização de testes genéticos para aferição de doenças monogênicas no âmbito da contratação laboral, alguns requisitos devem nortear este procedimento, em perfeita consonância com a ordem jurídica internacional, a fim de que não sejam atingidos os núcleos essenciais de relevantes direitos fundamentais.

Inicialmente, tendo por fundamento as disposições contidas no nº 17 da Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética (aprovada pelo Parlamento Europeu, em 16 de março de 1989), no artigo 5º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (aprovada pelo Conselho Europeu, em Oviedo, em 4 de abril de 1997) e no artigo 5º, b, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (aprovada pela Conferência Geral da UNESCO, em 11 de novembro de 1997), deve haver o consentimento informado do trabalhador acerca da realização destes exames, manifestando a sua vontade de forma livre e consciente, após todos os esclarecimentos relativos ao procedimento, ao diagnóstico e às suas possíveis consequências. Isto se explica pelo fato de que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos, podendo, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.

Como já destacado no tópico específico, o diagnóstico de doenças de manifestação tardia somente pode ocorrer quando integrado a um sistema de aconselhamento genético e de

⁸⁶⁶ “Mesmo os trabalhadores (potenciais ou efectivos) que padecem de doenças monogénicas (ainda sem cura) têm, no meu entendimento, o direito de trabalhar até ao momento em que a manifestação da enfermidade impossibilite a prossecução daquele concreto trabalho, desde que o desempenho da actividade laboral não ponha em risco a saúde do próprio ou de terceiros”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 592.

acompanhamento do indivíduo e de seus familiares, desde o diagnóstico até a manifestação da doença, havendo a necessidade do consentimento informado exaustivo, alcançando somente pessoas capazes e que o tenham manifestado de maneira expressa e consciente⁸⁶⁷.

Registre-se, deste modo, a necessidade da existência de um protocolo adequado e estruturado para o devido aconselhamento psicossocial do indivíduo nas fases anteriores e posteriores à realização do teste preditivo, com a participação de uma equipe multidisciplinar, de modo a oferecer ao paciente o suporte necessário à adaptação à sua condição pós-teste, caso opte por fazê-lo⁸⁶⁸.

De outro lado, 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-contratual) ou no curso do contrato de trabalho (fase contratual). O acesso às informações genéticas do trabalhador através de testes genéticos é conduzido por ato médico, de modo que todas as restrições relacionadas a este fato devem ser levadas a efeito, inclusive sob a perspectiva de existir um enclave de segurança a ser considerado. Nisso, antes de a informação ser emprestada para o objetivo desejado, necessário que sua divulgação dependa da liberação, através do consentimento livre e esclarecido. A importância da discussão é revelada quando se percebe que os testes genéticos levam a desvendar a carga genética do indivíduo e de seus familiares, sendo uma porta aberta para a discriminação, notadamente na área das relações trabalhistas⁸⁶⁹.

Em Portugal, o artigo 9º, nº 2, da Lei nº 12/2005, de 26 de junho⁸⁷⁰, estabelece que a detecção do estado de heterozigotia para doenças recessivas, o diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas e os testes de suscetibilidades genéticas em pessoas saudáveis só podem ser executados com autorização do próprio, a pedido de um médico com a especialidade de genética e na sequência da realização de consulta de aconselhamento genético, após consentimento informado, expresso por escrito. Registre-se, no entanto, que, segundo a disposição contida no artigo 13º do mesmo diploma legal português, a utilização da informação

⁸⁶⁷ OSSWALD, Walter – Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico prénatal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

⁸⁶⁸ LOPES-CENDES, I; ROCHA, JCC; JARDIM, LB – **Testes preditivos** [Em linha]. Projeto Diretrizes. Sociedade Brasileira de Genética Clínica (14 Set. 2007). [Consult. 27. Nov. 2017]. Disponível em https://diretrizes.amb.org.br/_BibliotecaAntiga/testes-preditivos.pdf.

⁸⁶⁹ MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 130.

⁸⁷⁰ LEI nº 12/2015. **Diário da República I Série-A**. Nº 18 (26-01-05), p. 608.

nas relações de emprego não é autorizada, sendo desconsiderada a permissão dada pelo trabalhador, e essa situação resulta da condição de vulnerabilidade que ele incorpora quando busca o emprego e durante a vigência do contrato de trabalho. Faz-se assim uma opção política, pois, a par da discussão acerca da autonomia da vontade do trabalhador, torna irrelevante o consentimento nas situações que envolvam o acesso às informações genéticas.

Maria Helena Diniz destaca, porém, que, no campo médico, surgem exceções ao dever de obtenção do consentimento livre e informado, como nos casos de: a) necessidade inadiável de prática médica de urgência, em razão do iminente perigo de vida; b) impossibilidade ante a emergência, séria e iminente, da situação e o perigo da demora, de obter o consenso do paciente ou de seus familiares; c) situação especial que leva o médico a dar informação sobre o estado clínico de seu paciente a seu representante legal, parente próximo, cônjuge, companheiro ou até mesmo juiz competente para obter o consenso para o exercício do ato médico; d) privilégio terapêutico, como sendo a possibilidade de o médico privar o paciente de certa informação quando constituir uma ameaça ao seu bem-estar ou um dano à sua saúde; e e) renúncia ao direito de ser informado⁸⁷¹.

Guy Durand enumera o que chama de exceções e atenuações do consentimento livre e informado: o caso de urgência em que claramente não há possibilidade de informar; em algumas exceções previstas em lei, tais como a hospitalização obrigatória, o tratamento das doenças que têm de ser declaradas obrigatoriamente; o bem das comunidades e das coletividades também admite atenuações importantes do direito à autonomia e à autodeterminação, exemplificando com as exigências da saúde pública, na pesquisa em epidemiologia e nas doenças genéticas, entre outras possíveis⁸⁷².

Por sua vez, a comunicação dos resultados apurados com base nos testes de DNA, a fisionomia e características da possível doença, bem como os seus meios de tratamento, devem ser feitos por médico habilitado para esse efeito, explicando ao paciente os resultados obtidos e as consequências daí decorrentes. Saliente-se que estes resultados devem ser comunicados ao próprio e não podem nunca ser repassados a terceiros sem a sua autorização expressa por escrito⁸⁷³.

⁸⁷¹ DINIZ, Maria Helena – **O estado atual do biodireito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 573.

⁸⁷² DURAND, Guy – **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Loyola, 2003. p. 193.

⁸⁷³ Neste sentido, o artigo 9º, nº 4, da Lei nº 12/2005, 26 de junho.

Os trabalhadores que se submeterem aos testes genéticos devem ser acompanhados de adequada informação médica e, se for o caso, de apoio ou acompanhamento psicológico por parte de conselheiros genéticos com formação específica (aconselhamento genético).

Também deve ser respeitado o direito à autodeterminação informacional, ou seja, o direito de cada trabalhador de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes, nos termos do artigo 10º, nº 2, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e do artigo 5º, c, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem.

Indispensável, ainda, que seja devidamente assegurada a confidencialidade dos dados genéticos do trabalhador, nas condições estabelecidas pela legislação, conforme as diretrizes fixadas no nº 18 da Resolução sobre os Problemas Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética, no artigo 10º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina e no artigo 7º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem.

No tocante à legislação portuguesa, o artigo 23º, nº 1, do Decreto-Lei nº 131/2014, de 29 de agosto, que regulamenta a Lei nº 12/2005, de 26 de junho, dispõe que os responsáveis por qualquer tipo de informação genética, bem como as pessoas que no exercício das suas funções dela tenham conhecimento, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções⁸⁷⁴.

Deste modo, a confidencialidade dos resultados deve ser em absoluto protegida; se necessário, por meio da elaboração de legislação que atenda com adequação às especificidades fisionômicas da geneticidade. E como corolário deste dever de sigilo profissional, assim como deve ocorrer nos testes e exames médicos, o médico especialista responsável pela realização dos testes e exames genéticos só poderá comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade laboral⁸⁷⁵. Saliente-se, além disso, que a responsabilidade do agente violador da confidencialidade deve ser analisada não só em face daquele cujo patrimônio genético foi divulgado, mas também em função de todos os familiares a quem venham a ser causados danos pela divulgação destas informações.

É necessário também que a realização destes testes genéticos, no âmbito da contratação laboral, para efeito de admissão ou de despedimento, não imponha custos aos trabalhadores, em razão de sua hipossuficiência econômica. Estes custos devem ser arcados

⁸⁷⁴ DECRETO-LEI nº 131/2014. **Diário da República I Série**. Nº 166 (29-08-14), p. 4.591.

⁸⁷⁵ Neste sentido, em relação aos testes e exames médicos, a norma do artigo 19º, nº 3, do Código do Trabalho de Portugal.

pelas próprias entidades patronais ou, se for o caso, oferecidos gratuitamente por instituições especializadas de natureza pública ou privada, segundo os critérios a serem estabelecidos pela legislação de regência. Ademais, deve existir uma igualdade de acesso, sem prejuízo da atribuição, em caso extremos, de preferência aos cidadãos que apresentem riscos genéticos mais acentuados.

Importante, ainda, que o Estado proteja os indivíduos portadores de doenças genéticas que estejam efetivamente incapacitados para desempenhar as atividades laborais relacionadas à sua qualificação profissional, possibilitando um acompanhamento terapêutico e a criação de formas ocupacionais específicas de desenvolvimento laboral. Caso contrário, alijar-se-á, em definitivo, estas pessoas do acesso ao trabalho, contribuindo para a emergência de um *tertium genus* discriminatório: a exclusão biológica a *latere* da exclusão econômica e social⁸⁷⁶.

Por derradeiro, compartilhamos do entendimento de que o trabalhador (potencial e efetivo) deve revelar todos os dados inerentes às suas condições de saúde (presente e futura) que possam ser tidos como relevantes para o exercício da atividade laborativa, em observância ao princípio da boa-fé que deve pautar a conduta de ambos os sujeitos nas fases de formação (negociação) e de execução de um contrato de trabalho⁸⁷⁷.

De acordo com o artigo 102º do Código do Trabalho de Portugal, quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados⁸⁷⁸. Por sua vez, estabelece o artigo 126º, nº 1º, do mesmo diploma laboral que o empregador e o trabalhador devem proceder de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações⁸⁷⁹. Finalmente, e como fundamento do

⁸⁷⁶ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 91-93.

⁸⁷⁷ Neste sentido: “Nesta linha, penso que, em obediência ao princípio da boa fé, o trabalhador (potencial ou real) tem o dever de revelar todos os dados sobre a sua saúde presente e futura (exceptuados, claro, estão os casos de meras predisposições que analisarei na secção seguinte) desde que essa informação tenha ou possa ter repercussões negativas no emprego em questão. O artigo 97º (Dever de informação) do Código de Trabalho determina que o empregador tem o dever de informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho e o trabalhador tem o dever de informar ao empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral. Também me parece legítimo que a entidade patronal tenha o direito de exigir que aquele coopere submetendo-se a estes testes”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 588-589.

⁸⁷⁸ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 65.

⁸⁷⁹ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 71.

entendimento acima articulado, o artigo 106º, nº 2, dispõe expressamente que o trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral⁸⁸⁰.

Na lição de Stela Barbas:

“A exigência da boa fé traduz-se no dever de agir segundo um comportamento de lealdade e correcção que tem por fim contribuir para a realização dos interesses legítimos que as partes pretendem obter com a celebração do contrato. Diz respeito não só aos deveres principais ou típicos de prestação e deveres secundários ou acidentais mas, também, aos deveres acessórios de conduta”⁸⁸¹.

Teresa Alexandra Coelho Moreira adverte, porém, que a boa-fé assume uma especial importância no contrato de trabalho pelo fato de que neste, além do carácter patrimonial, existe grande relevância dos fatores pessoais, especialmente do trabalhador enquanto pessoa física. Esta implicação da pessoa, do ser humano, e a indissociável unidade entre trabalhador e atividade laboral, são os fatores que atribuem a especial relevância à boa-fé, sendo que, atualmente, este envolvimento pessoal do trabalhador na relação laboral não significa nem a sua lealdade absoluta ou a sua vassalagem, pelo que ele só está vinculado na estrita medida em que o programa contratual requer a colaboração da pessoa, existindo compartimentos como que estanques entre a vida privada e a vida laboral⁸⁸².

Ressalte-se, por oportuno, que a mesma boa-fé deve ser exigida da entidade patronal, que não pode se valer das informações prestadas pelo trabalhador para promover qualquer exclusão, preferência ou distinção infundada, ou seja, que não se justifique em razão da natureza da função a ser exercida, inviabilizando, assim, a igualdade de oportunidades e de tratamento no âmbito da relação de trabalho.

Após todas estas considerações, e como resultado de nossa pesquisa, propomos que a realização de testes genéticos preditivos no âmbito da contratação laboral jamais deva constituir regra, mas exceção a ser rigorosamente normatizada em marco regulatório específico, tendo por base as diretrizes e argumentos acima especificados, a fim de que o trabalhador não seja vítima de seu próprio genoma na busca pela efetividade do direito fundamental ao trabalho.

⁸⁸⁰ CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 66.

⁸⁸¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 587.

⁸⁸² MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 387.

CONCLUSÃO

A centralidade da pessoa humana constitui um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, exigindo que seja concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, de forma que a sua dignidade seja o núcleo e o fundamento básico do sistema constitucional relativo aos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas⁸⁸³. Por sua vez, o direito social ao trabalho, como importante instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, de inclusão social e de reafirmação da amplitude do próprio conceito de cidadania, deve ser interpretado e aplicado em perfeita sintonia com este referencial axiológico, de maneira que se atenda à própria unidade constitucional⁸⁸⁴.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, repousando na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁸⁸⁵. Assim, quando o texto constitucional prevê o direito social ao trabalho, deve ser compreendido como o trabalho digno. Primeiro, em razão do nexo lógico existente entre os direitos fundamentais e o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas pode ser considerado um eficaz instrumento de viabilização da emancipação do trabalhador e de consolidação de sua cidadania e identidade social⁸⁸⁶.

A dignidade humana também exige condições adequadas da vida material e a procura de uma qualidade satisfatória. É dela que se retiram, conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais dos cidadãos perante o Estado, nomeadamente em matéria juslaboral. Por outro lado, o princípio da proteção do trabalhador, que se extrai, diretamente, do princípio da igualdade, é

⁸⁸³ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89.

⁸⁸⁴ VILLELA, Fabio Goulart – A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e o direito social ao trabalho digno. In MEDEIROS, Benizete Ramos de, coord. – **O Mundo do Trabalho em Movimento e as Recentes Alterações Legislativas: Um Olhar Luso-Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018. p. 92.

⁸⁸⁵ MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 223.

⁸⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 63-64.

fortemente influenciado pelo princípio da dignidade humana, notadamente no que diz respeito aos subprincípios dos direitos pessoais de cidadania dos trabalhadores ou da dignificação do trabalho⁸⁸⁷.

Assegurar o direito ao trabalho é atribuir concretude à dignidade, enquanto qualidade intrínseca a todo ser humano. É possibilitar o acesso do cidadão a instrumento indispensável à sua subsistência, à sua identificação no seio social, assim como à realização de seus sonhos e desejos. Deste modo, o direito ao trabalho não legitima qualquer modalidade de labor humano, mas apenas as que não atentem contra a dignidade humana, com estrita observância do patamar mínimo civilizatório de direitos previamente consignados na ordem constitucional e legal.

Portanto, aos fenômenos sociais, em constante evolução, cabe ao Direito do Trabalho dispensar uma especial atenção, considerando a sua função primordial, que é a busca por melhores condições de trabalho e, porque não dizer, por melhores condições de vida aos trabalhadores, por meio da atuação do Estado⁸⁸⁸.

O Direito do Trabalho é o ramo jurídico indispensável para a proteção do cidadão inserido numa relação de prestação de serviço a outrem, qualquer que seja a sua natureza. Nesse aspecto, o Estado cumpre papel de extrema importância na regulamentação das questões relacionadas ao trabalho e à sua melhoria. O escopo principal deve ser colocar o homem trabalhador no centro da ordem jurídica, reconhecendo-o como um fim em si mesmo, o que não significa dizer que o Direito deva ser avesso a mudanças. É necessário, no entanto, que eventuais mudanças jurídicas observem a finalidade original deste ramo jurídico especializado, que é a preservação e a melhoria das condições de trabalho, para todos os tipos de trabalhadores, com vedação ao retrocesso social⁸⁸⁹.

Não obstante as transformações no mundo do trabalho contemporâneo e a necessidade de o Direito se adaptar às novas realidades que se impõem, o fato é que a ideia de que o trabalho humano não pode ser encarado como mercadoria ou artigo de comércio e que os direitos da personalidade do trabalhador devem ser preservados ainda se fazem presentes e devem ser observados⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 122-123.

⁸⁸⁸ KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do direito do trabalho à luz dos direitos fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. p. 53.

⁸⁸⁹ DELGADO, Gabriela Neves – **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 210.

⁸⁹⁰ DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 886-887.

O progresso científico em torno do conhecimento do genoma humano vem acarretando um inequívoco desenvolvimento da medicina preditiva, uma vez que, a partir da análise do perfil genético do indivíduo, pode-se aferir a existência de genes responsáveis por doenças monogênicas e por predisposições para enfermidades multifatoriais. Conforme Stela Barbas: neste “novo contexto científico e cultural, o Homem subiu à ponte da barca da sua existência e tomou o leme do próprio destino”⁸⁹¹.

Uma vez concluído o sequenciamento do genoma humano, compreende-se que a genômica constitui um avanço muito significativo na identificação de erros genéticos, na definição de disposições favoráveis à manifestação de algumas doenças e, consequentemente, nas expectativas para uma terapia gênica. A evolução no campo do genoma humano possibilitou o diagnóstico preciso de muitas doenças genéticas e a identificação de indivíduos saudáveis que, mais tarde, apresentarão ou poderão apresentar uma doença hereditária ou uma suscetibilidade aumentada para certas enfermidades comuns da vida adulta, com uma série de implicações psicossociais, éticas e profissionais⁸⁹².

Se é certo que o conhecimento do genoma humano trouxe esperança para a detecção, prevenção e tratamento para inúmeras doenças até então sem solução, esse mesmo progresso científico põe em alerta o homem do século XXI sobre a sua vulnerabilidade. Dito de outro modo, o salto tecnológico proporcionado pelo genoma humano pode resultar em uma interferência perigosa no âmbito privado e social do indivíduo, quando for acessível e de conhecimento de terceiros⁸⁹³.

O mapeamento do genoma humano fez emergirem diversas questões que trazem a interferência da Ética e do Direito, como a privacidade das informações genéticas, a segurança e eficácia da medicina genética e a justiça no uso das informações genéticas⁸⁹⁴. Urge, portanto, a construção de uma “ética da responsabilidade”⁸⁹⁵, para que o Homem não se torne vítima da

⁸⁹¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006. Introdução.

⁸⁹² LOPES-CENDES, I; ROCHA, JCC; JARDIM, LB – **Testes preditivos** [Em linha]. Projeto Diretrizes. Sociedade Brasileira de Genética Clínica (14 Set. 2007). [Consult. 27. Nov. 2017]. Disponível em https://diretrizes.amb.org.br/_BibliotecaAntiga/testes-preditivos.pdf.

⁸⁹³ HAMMERSCHMIDT, Denise – **Intimidade genética & direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

⁸⁹⁴ ECTERHOFF, Gisele – **Direitos à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá. 2010. p. 41.

⁸⁹⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

ampliação do seu próprio conhecimento. Desta forma, cabe ao Direito, e com base nesta mesma ética, o cumprimento de sua função regulatória, imprimindo limites à aplicação prática de todo o progresso científico, já que os avanços da ciência são destituídos de fronteiras.

A despeito deste desenvolvimento vivenciado no âmbito da genética e da biologia molecular, o direito social ao trabalho digno impede a adoção de critérios de seleção de pessoal ou de manutenção no emprego que atentem contra os direitos fundamentais do trabalhador, principalmente quando pautados na análise de suas informações genéticas.

Corpo e genoma são, com efeito, determinações absolutamente indiscutíveis da nossa identidade pessoal. Porém, “o organismo humano ultrapassa o nível de individuação meramente biológica para se converter em matéria personalizada, ou seja, num processo de recriação da carne em subjetividade consciente, que apenas encontra a sua verdadeira realização no *medium* dialógico da palavra partilhada”⁸⁹⁶.

Nas palavras de Maria do Céu Patrão Neves, o homem não se esgota numa descrição, por mais pormenorizada e minuciosa que esta seja, por mais fielmente que reproduza os dinamismos e as interações. A real compreensão está no princípio de inteligibilidade, que unifica a pluralidade das manifestações do humano e imprime sentido ao dado. Enquanto a identidade biológica se refere à definição do que em cada um dos homens é natural e comum a todos, ou seja, à universalidade da espécie, a identidade pessoal refere-se à enunciação do que é único, ou singular, em cada ser humano. Em termos filosóficos, a identidade pessoal designa um modo de ser singular que cada um foi forjando no curso da sua existência pelo poder da ação imanente. A identidade pessoal é ética, isto é, resulta da ação humana. Sinteticamente, pode-se afirmar que a identidade biológica fundamenta a universalidade material ou orgânica da humanidade do ser humano, enquanto a identidade pessoal justifica a singularidade espiritual da pessoa. Assim, todos partilhamos de uma identidade pessoal única e original e, por isso, cada um de nós, cada pessoa é rigorosa e absolutamente insubstituível e o seu valor, incondicional⁸⁹⁷.

Afirmar que tudo é determinado pelos genes significa afirmar que os genes constituem a causa de tudo. O reducionismo genético está assim associado ao determinismo genético, ou seja, à crença em que os genes constituem causa suficiente e necessária de características ou comportamentos. Contudo, a maioria das características fenotípicas de um indivíduo, bem

⁸⁹⁶ SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 17.

⁸⁹⁷ NEVES, Maria do Céu Patrão – O Genoma e a Identidade da Pessoa. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 32-33.

como a generalidade das situações de doenças em que este se pode vir a encontrar, são devidas a hereditariedade poligênica ou multifatorial e, como tal, resultam da interação entre os genes e o meio ambiente⁸⁹⁸.

Assim, não se pode exigir que um trabalhador se submeta a exames genéticos para a aferição de doenças multifatoriais (poligênicas), as quais podem vir a não se manifestar e não decorrem unicamente de uma enfermidade genômica, já que a maior parte dos indivíduos são dotados de predisposições para doenças que somente se manifestarão em certas condições ambientais. E, ainda que se manifestem, originando doenças, não há como garantir ou fixar o período temporal que levará para o seu surgimento e a manifestação de sintomas. Também é pequeno o grau de previsibilidade acerca da severidade com que a doença irá se manifestar em cada caso concreto⁸⁹⁹.

O genoma humano, como patrimônio comum da humanidade⁹⁰⁰, deve ser protegido, a fim de que não seja objeto de práticas eugênicas em favor de interesses que não se coadunam com o respeito à dignidade da pessoa humana⁹⁰¹. Neste contexto, deve ser alijada qualquer tipo de visão reducionista que possa vir a constituir um novo critério odioso de discriminação, de modo a promover distinções infundadas atentatórias ao princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento, mormente nas relações de trabalho, caracterizadas por sua assimetria, em razão da hipossuficiência econômica do prestador dos serviços, o que, inclusive, justifica a própria natureza tutelar do Direito do Trabalho, norteado pelo princípio da proteção do empregado.

A partir desta perspectiva de que a pessoa humana não se restringe à sua carga genética e de que cabe às empresas o dever de cumprir e de fazer cumprir as normas de saúde e de segurança no trabalho, não se pode aceitar que a realização de testes genéticos pelas entidades patronais possa ser considerada um instrumento efetivamente idôneo à aferição das aptidões

⁸⁹⁸ MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos, coord. – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 519-524.

⁸⁹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de – Implicações jurídicas do conhecimento do genoma. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p.154.

⁹⁰⁰ DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática. Trad. Regina Coeli [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2001. [Consult. 17 Set. 2017]. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

⁹⁰¹ “O genoma é não só um bem fundamental da pessoa como de toda a Humanidade; é o capital genético que é necessário proteger, tutelar e transmitir às gerações futuras. Com efeito, a identidade genética do ser humano constitui em si mesma um património inalienável, sendo a salvaguarda da sua identidade uma condição, um requisito fundamental para a sobrevivência da nossa espécie”. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 15.

profissionais e a evitar o despertar de enfermidades oriundas do contato com agentes nocivos presentes no meio ambiente laboral. Até porque, compete ao empregador a responsabilidade pela preservação do meio ambiente laboral, tendo por dever a redução dos riscos ocupacionais à saúde e à segurança dos trabalhadores, independentemente de eventuais predisposições de ordem genética de determinados indivíduos⁹⁰².

De outro lado, as informações genéticas do indivíduo encontram-se albergadas pelo direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada e familiar, cuja limitação sujeita-se à observância de critérios rígidos, e desde que seja compreendida como mecanismo necessário, adequado e proporcional à preservação da dignidade do seu próprio titular ou de terceiros, como solução ponderativa diante dos mandamentos de otimização eventualmente colidentes.

O ponto retriz neste domínio deve ser o de que o indivíduo sempre será o fim primeiro e o centro compreensivo da consagração constitucional de um sistema de direitos fundamentais, sendo certo afirmar que o critério orientador do processo de ponderação acerca da validade de uma mitigação a direitos fundamentais é o princípio-valor da dignidade humana, que consiste na base antropológica das sociedades democráticas contemporâneas⁹⁰³.

Ressalte-se, ainda, que estes testes genéticos têm finalidade preditiva, ou seja, não buscam a verificação de uma incapacidade atual, que inviabilize a contratação ou a manutenção do contrato laboral, mas da existência de doenças de manifestação tardia ou de predisposições a enfermidades multifatoriais que podem jamais se revelar no futuro, propiciando assim a criação de uma nova classe: os doentes sadios ou assintomáticos⁹⁰⁴.

A liberação irrestrita do acesso das entidades patronais às informações genéticas dos trabalhadores, além de grave violação do direito de reserva da intimidade e da vida privada e familiar, acarretará, por certo, a incessante busca empresarial por um perfil que atenda aos interesses meramente patrimoniais do mercado e, por consequência, a proliferação de práticas

⁹⁰² “Os ambientes adversos nos locais de trabalho – embora possam ser mais nefastos para alguns trabalhadores portadores de certas ‘debilidades’ – afectam, necessariamente, a generalidade dos trabalhadores. Por isso, nunca se pode prever, com rigor absoluto, que efeitos produzem esses ambientes na saúde e produtividade dos trabalhadores. A eventual exclusão com base na susceptibilidade ou ‘debilidade’ para contrair certa doença não passa de uma mera suposição”. GUERRA, Amadeu – **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. p. 233.

⁹⁰³ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 65-76.

⁹⁰⁴ SANTOS, Agostinho de Almeida – Os pilares da nova genética. Eficácia, prudência, razão. **Communio - Revista Internacional Católica**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. Ano XIV, nº 5 (Out. 1997). p. 456.

discriminatórias, alijando milhares de indivíduos do efetivo acesso ao direito fundamental ao trabalho.

Porém, a proibição absoluta à realização de testes genéticos no âmbito da contratação trabalhista pode representar, em razão da própria natureza da atividade laboral, uma forte ameaça à proteção e à segurança dos trabalhadores ou de terceiros, a despeito de qualquer discussão acerca da ofensa ou não aos núcleos essenciais dos direitos à iniciativa econômica e à autonomia de vontade privadas e seus inquestionáveis reflexos de natureza econômica.

Faz-se necessário buscar uma resposta à questão afeta à possibilidade de as entidades patronais exigirem de candidatos a emprego e de seus empregados a submissão a testes genéticos preditivos, para efeito de celebração ou de manutenção do contrato de trabalho, cuja decisão final não terá por base uma incapacidade atual, mas uma predição de doenças futuras ou predisposições.

Este problema jurídico impõe uma solução ponderada diante da relevância dos direitos em jogo, de ordem fundamental. De um lado, apresenta-se a centralidade da pessoa humana e a sua dignidade na ordem jurídica democrática, juntamente com os direitos ao trabalho, à igualdade de oportunidades e de tratamento, à não discriminação, à integridade física, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à autodeterminação informacional; de outro, a iniciativa econômica e a autonomia de vontade privadas, o direito de propriedade, assim como a liberdade empresarial resultante da conjugação destes últimos; isto sem falar do risco à vida, à saúde e à segurança do próprio trabalhador ou de terceiros, em virtude da natureza da atividade laboral desenvolvida.

A ponderação que envolve os direitos fundamentais, por se tratarem de mandamentos de otimização cujos limites não se encontram rigidamente fixados, pauta-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus consectários instrumentais, para que possam ser devidamente harmonizados, em face das situações fáticas delineadas, de modo que não se atinjam os núcleos essenciais destes mesmos direitos⁹⁰⁵.

Nesta mesma linha, a liberdade de contratação encontra limites na ordem pública, no Direito, nos bons costumes e na dignidade da pessoa humana. Todavia, a característica da relação de emprego e a finalidade duradoura do contrato laboral também se traduzem em

⁹⁰⁵ A ponderação se realiza na exigência do exame dos pesos dos princípios acaso colidentes, subjacente à formulação de seu desfecho. Se os princípios são definidos como mandamentos de otimização, em face das possibilidades jurídicas e fáticas, à ponderação incumbirá a delimitação das possibilidades jurídicas dessa otimização, pois “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico”. ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

relevantes fatores de ponderação, em face das pretensões patrimoniais de realização de testes genéticos. Desta forma, impõe-se, de acordo com a especificidade do caso, a utilização da proporcionalidade em sua tríplice vertente: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou proibição de excesso⁹⁰⁶.

Diante deste complexo panorama, vislumbramos que deve ser vedada a realização de testes genéticos no âmbito das relações laborais, tanto para efeito de admissão (critério de seleção de pessoal) quanto de manutenção do contrato (critério para despedimento), salvo quando tenham por objetivo a aferição de doenças monogênicas (enfermidades de manifestação tardia quase certa) e que submetam a grave risco a vida, a saúde ou a segurança do próprio trabalhador ou de terceiros, inclusive colegas de trabalho, em razão da natureza do trabalho a ser realizado. Nestes casos, a ressalva plenamente se justifica em virtude da relevância ou do “peso” destes direitos fundamentais, em perfeita consonância com o princípio da harmonização ou da concordância prática, que “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (...) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”⁹⁰⁷.

Frise-se, por oportuno, que nem todas as enfermidades monogênicas são capazes, por si só, de inviabilizar a contratação ou mesmo a manutenção do pacto laboral, mas apenas aquelas incuráveis e cujo tempo de evolução ou imprevisibilidade traga relevantes riscos à vida, à saúde e à segurança dos próprios trabalhadores ou de terceiros, em face das particularidades inerentes à natureza da função a ser desempenhada.

Reivindica-se, porém, a estipulação de marco regulatório que indique, expressamente e após os necessários estudos científicos, quais as atividades e funções em que deve ser permitida a realização destes testes genéticos para aferição de doenças monogênicas, a fim de que a exceção não se transforme em regra, invertendo-se a ordem de prioridade na tutela dos direitos fundamentais em foco. Ainda assim, estes exames genéticos devem ser feitos por médico devidamente habilitado, a quem se impõe informar ao empregador apenas se o trabalhador (potencial ou efetivo) encontra-se apto ou não para o exercício da atividade laboral,

⁹⁰⁶ MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 66.

⁹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.225.

com a necessária observância dos direitos ao livre consentimento esclarecido, à autodeterminação informacional (o direito de saber ou de não saber o seu estado de saúde), além do dever de confidencialidade que deve pautar a relação médico-paciente.

Por seu turno, a ponderação dos valores éticos em causa sugere alguma precaução no que se refere ao acesso a uma tecnologia que não se encontra adequadamente disciplinada. Daí a importância de um aconselhamento genético apropriado, para que a sua execução seja sempre efetuada através da mediação por um profissional com preparação adequada na matéria⁹⁰⁸.

Pode-se afirmar que o trabalhador não mais sofre somente com a não contratação, a perda do emprego ou a inviabilidade de novo emprego por uma característica costumeiramente adotada como traço diferencial, mas devido ao risco genético de possuir uma deformidade genômica que possa acarretar uma futura doença, com o agravante de a predisposição para desencadear alguma enfermidade congênita ser comum a membros de uma mesma família, provocando um estigma que ultrapassa a pessoa do trabalhador⁹⁰⁹.

Ignorar todas estas considerações é fechar os olhos à realidade do mundo do trabalho, no qual o livre exercício da autonomia da vontade individual encontra óbice na hipossuficiência econômica do trabalhador e no estado de subordinação que caracteriza as relações laborais. Autorizar o acesso irrestrito das entidades patronais às informações genéticas dos candidatos a empregos ou de seus efetivos empregados é contribuir para um processo de “coisificação” do Homem, colocando o avanço da ciência à frente de sua própria Humanidade.

⁹⁰⁸ NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 107.

⁹⁰⁹ MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 79.

REFERÊNCIAS

1. FONTES DOCUMENTAIS

1.1 – GERAL

a) Livros

CÓDIGO Civil e diplomas complementares. 16ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-706-6.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. 18ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-724-690-8.

CÓDIGO do Trabalho: lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro. 8ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6136-8.

CÓDIGO Internacional de Ética para os Profissionais de Saúde Ocupacional. International Commission of Occupational Health (ICOH). Segurança nº 136, 1999, p. 33-35.

PROBLEMAS Éticos e Jurídicos da Manipulação Genética e da Fecundação Artificial Humana. Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1990. ISBN 92-823-0210-5.

b) Internet

CODE Civil [Em linha]. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D872CAB8BCAE1E104271FD6DB583942E.tplgfr39s_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180131.

CODE Pénal [Em linha]. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9C01D3D072DDD70802F59B05B8AB030C.tplgfr35s_3?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180202.

CÓDIGO Civil: lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro [Em linha]. [Consult. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

CÓDIGO de Defesa do Consumidor: lei nº 8.078/90, de 11 de Setembro [Em linha]. [Consult. 19 Fev. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho: decreto-lei nº 5.452/43, de 1 de Maio [Em linha]. [Consult. 31 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de Outubro [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

CONSTITUTION Fédérale de La Confédération Suisse [Em linha]. [Consult. 31. Jan. 2018]. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>.

CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf.

CONVENÇÃO Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf.

CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Série de Tratados Europeus/164 [Em linha]. [Consult. 15 Dez. 2017]. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>.

DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal [Em linha]. Paris: UNESCO, 2004. [Consult. 6 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos: resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948 [Em linha]. [Consult. 7 Out. 2017]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

DECLARAÇÃO Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Trad. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal [Em linha]. Paris: UNESCO, 2006. [Consult. 6 Fev. 2018]. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

DECLARAÇÃO Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos: da teoria à prática. Trad. Regina Coeli [Em linha]. Brasília: UNESCO, 2001. [Consult. 17 Set. 2017]. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

DÉCLARATION des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 [Em linha]. [Consult. 9 Mar. 2018]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

DIRECTIVA nº 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000 [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0043>.

LEI nº 12/93, de 22 de Abril [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=236&tabela=leis.

LEI nº 46/2006, de 28 de Agosto [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2017]. Disponível em http://www.inr.pt/bibliopac/diplomas/lei_46_2006.htm.

LEI nº 67/98, de 26 de Outubro [Em linha]. [Consult. 12 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=156&tabela=leis.

LEI nº 102/2009, de 10 de Setembro [Em linha]. [Consul. 13 Fev. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1158&tabela=leis.

LEI nº 9.029/95, de 13 de Abril [Em linha]. [Consul. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM.

LEI nº 9.434/97, de 4 de Fevereiro [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm.

LEI nº 9.507/97, de 13 de Abril [Em linha]. [Consul. 12 Nov. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm.

LEI nº 11.105/2005, de 24 de Março [Em linha]. [Consul. 31 Jan. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm.

LEI nº 12.654/2012, de 28 de Maio [Em linha]. [Consul. 31 Jan. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm.

LEY 712/01, de 29 de Noviembre. Ley de Garantias del Patrimonio Genetico Humano [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/normapop09.php?id=17360&qu=c&ft=0&cp=&rl=1&rf=0&im=&ui=0&printi=1&pelikan=1&sezion=&primera=0&mot_toda=&mot_frase=&mot_alguna=&digId=.

RECOMENDAÇÃO sobre a aplicação de testes genéticos a estudos individuais, estudos familiares e estudos populacionais (Problemas de “bancos de DNA”, de “bancos” de células e da informatização de dados) [Em linha]. [Consult. 21 Fev. 2018]. Disponível em: <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis025.pdf>.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm.

RESOLUÇÃO CFM nº 2.168, de 10 de Novembro de 2017 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

RESOLUÇÃO CNS nº 340, de 8 de Julho de 2004 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html.

SUPREMO Tribunal Federal - Processo ADPF 489 MC/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, decisão liminar proferida em 23.10.2017 [Em linha]. [Consult. 18 Nov. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF489liminar.pdf>.

1.2 – ESPECÍFICA

a) Legislação

DECRETO-LEI nº 131/2014. **Diário da República I Série**. Nº 166 (29-08-14), p. 4.591.

LEI nº 12/1993. **Diário da República I Série-A**. Nº 94 (22-04-1993), p. 1961-1963.

LEI nº 9.029/1995. **Diário Oficial da União I Seção**. Nº 73 (17-04-1995), p. 5361.

LEI nº 9.434/1997. **Diário Oficial da União I Seção**. Nº 25 (05-02-1997), p. 2191.

LEI nº 46/2006. **Diário da República I Série**. Nº 165 (28-08-2006), p. 6210-6213.

LEI nº 7/2009. **Diário da República I Série**. Nº 30 (12-02-09), p. 926-1029.

LEI nº 12/2015. **Diário da República I Série-A**. Nº 18 (26-01-05), p. 606-611.

b) Internet

PROJETO de Lei nº 4610/1998 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995>.

PROJETO de Lei nº 4.900/1999 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21202>.

PROJETO de Lei nº 7.373/2006 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=331775>.

PROJETO de Lei nº 2.658/2015 [Em linha]. [Consult. 23 Out. 2017]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1671862>.

PROTOCOLO Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos [Em linha]. [Consult. 17 Dez. 2017]. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo2.pdf>.

RESOLUÇÃO do Conselho Federal de Medicina nº 1.931/2009 (Código de Ética Médica). **Diário Oficial da União I Seção**. Nº 183 (24-09-2009), p. 90-92.

RESOLUÇÃO do Conselho Nacional de Saúde nº 340/2004. **Diário Oficial da União I Seção**. Nº 152 (09-08-2004), p. 53-54.

2. BIBLIOGRAFIA

2.1 – GERAL

ACADEMIA das Ciências de Lisboa – **Dicionário da língua portuguesa contemporânea**. Vol. I. Lisboa: Academia das Ciências de Lisboa e Editorial Verbo, 2001.

ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos fundamentais – Introdução geral**. Cascais: Principia, 2007.

AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2215-9.

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-869-5.

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo, 2009. ISBN 978-85-361-1279-4.

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9157-7

BELTRAMELLI NETO, Silvio - **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura - **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira das – **Legislação de direito internacional do trabalho e da proteção internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil: parte geral**. Tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-8720-4.

DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8720-4.

DELGADO, Mauricio Godinho – **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8720-4.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Direito civil: teoria geral**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, António de Lemos Monteiro – **Direito do trabalho**. 14ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3835-3.

FERNANDES, Luís A. Carvalho – **Teoria geral do direito civil**. Vol. I. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004. ISBN 85-7472-414-9.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3392-0.

GOMES, Júlio Manuel Vieira – **Direito do trabalho. Relações individuais de trabalho**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro**. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: direito constitucional português**. Vol. II. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6796-4.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito do trabalho**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5795-8.

LISBOA, Roberto Senise – **Manual de direito civil**. Vol. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5908-2.

MARTÍNEZ, Pedro Soares – **Filosofia do direito**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1997-0.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6870-1.

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2272-2.

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Vol. IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0935-7.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo – **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. ISBN 978-85-352-2385-9.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro – **Iniciação ao direito do trabalho**. 14ª ed. São Paulo: LTr, 1989.

NEVES, Maria do Céu Patrão; OSSWALD, Walter – **Bioética simples**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2007. ISBN 978-972-22-3093-3.

PAIS, Sofia Oliveira – **Direito da União Europeia: legislação e jurisprudência fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-724-632-8.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte I. Dogmática-geral**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-6814-5.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Tratado de direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6814-5.

REALE, Miguel - **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel – **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de - **Instituições de direito civil**. Vol. I. Campinas: Booksellers, 1999.

SARAIVA, Renato – **Direito do trabalho para concursos públicos**. São Paulo: Método, 2008.

SCHREIBER, Anderson - **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9343-2.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia - **Curso de iniciação ao direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUSA, Rabindranath Capelo de - **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 978-972-32-0677-7.

U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health. **Genetics in the workplace: implications for occupational safety and health**. NIOSH, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-40-5011-9.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria geral do direito civil**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5011-9.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito civil: parte geral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 85-224-2710-0.

VILLELA, Fabio Goulart – **Introdução ao direito do trabalho: história e principiologia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. ISBN 978-85-352-2989-9.

VILLELA, Fabio Goulart – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. ISBN 978-85-352-5665-9.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – **Manual de direito do trabalho**. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 2014. ISBN 978-972-22-3099-5.

2.2 – ESPECÍFICA

a) Livros, Monografias e Revistas Científicas

ABRANTES, José João Nunes – **O direito do trabalho e a Constituição**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ABRANTES, José João Nunes – O direito do trabalho e a Constituição. In **Direito do Trabalho: Ensaio**. Lisboa: Cosmos, 1995.

ABRANTES, José João Nunes – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora – **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert – **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. New York: Oxford University Press, 2004.

ALEXY, Robert – Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 217, 1999.

ALEXY, Robert - Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, coord. - **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALEXY, Robert – **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.

ALMEIDA, Vasco Duarte – Sobre o valor da dignidade da pessoa humana. **Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. XLVI, nº 1.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de – **Direitos da personalidade do trabalhador e o poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013.

ALVES, Cleber Francisco – **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMADO, João Leal – Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro. **Questões Laborais**. Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Ano XII, nº 25 (2005).

AMADO, João Leal – O patrimônio genético. **Questões Laborais**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0872-8267. Ano XII, nº 25 (2005).

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Francisco Rossal de – **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARCHER, Luís – **Da genética à bioética**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2006.

ARCHER, Luís – Dimensões éticas da investigação biomédica. **Brotéria – Cultura e Informação**. Lisboa. Vol. 146, nº 2 (Fev. 1998).

ARCHER, Luís – Genoma e intimidade. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994).

ARCHER, Luís – O progresso da ciência e o espírito. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 10 (1995).

ARCHER, Luís – Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Acta Médica Portuguesa. Ética em Saúde e Investigação**. Ordem dos Médicos. II Série, Vol. 5, nº 3 (Mar. 1992).

ASCENÇÃO, José de Oliveira – Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-40-3786-8.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**. Vol. 797 (Mar. 2002).

AZOFRA, Maria Jorqui – Consideraciones éticas sobre la práctica de los ‘test genético’. Espacial consideración al contexto laboral. In MORÁN, Narciso Martínez, coord. - **Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana**. Comares: Editorial Comares, 2003.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura – Discriminação genética e direitos da personalidade: problemas e soluções. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá. Vol. 6, nº 1 (2006).

BARAK, Aharon - **Human dignity: the constitutional value and the constitutional right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Consentimento informado: meio de tutela ou obstáculo à saúde? **Tempo Medicina** (Out. 2001).

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Contratos de trabalho em face das novas possibilidades de diagnóstico. **Brotéria – Revista de Cultura**. Lisboa. ISSN 0870-7618. Vol. 150, nº 5/6 (Mai.–Jun. 2000).

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – O direito de não saber o seu estado de saúde. **Forum Iustitiae: Direito e Sociedade**. Ano I, nº 12 (Jun. 2000).

BARCELLOS, Ana Paula de – **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de – **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-511-3.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira – A vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo – **O fetiche dos direitos humanos**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de – **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997. ISBN 978-85-361-1264-0.

BARROS, Alice Monteiro de – **Proteção à intimidade do empregado**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1264-0.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto - **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Trad. Humberto Laport de Mello. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-7700-639-7.

BARROSO, Luís Roberto – **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto – Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba. Vol. 1, nº 1 (2001).

BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN 85-02-01938-4.

BARROSO, Luís Roberto – **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. ISBN 978-85-7700-640-3.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho - A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no fim da vida. In PEREIRA, Tânia da Silva;

- MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena, coord. - **Vida, Morte e Dignidade Humana**. Curitiba: GZ Editora, 2010.
- BELMONTE, Alexandre Agra – **Curso de responsabilidade trabalhista: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1062-2.
- BENEGOCHEA, Juan A. Sagardoy – **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**. Navarra: Civitas, 2005.
- BERGEL, Salvador Darío – Bioética, genética y derechos humanos: la declaración de la Unesco. **Bioética**. Brasília. Vol. 7, nº 2 (1999).
- BETIOLI, Antonio Bento – **Bioética, a ética da vida**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- BISCAIA, Jorge – Intimidade da pessoa. **Cadernos de Bioética**. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Nº 7 (Dez. 1994).
- BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BONAVIDES, Paulo – **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRANDÃO, Cláudio – **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro - **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-361-2050-8.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Direitos humanos, cidadania, trabalho**. Belém: Supercorres, 2004.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. ISBN 85-361-0288-8.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de – **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho - Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2549-7.

CACHAPUZ, Maria Cláudia – **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CAMARGO, Marcelo Novelino – O conteúdo da dignidade da pessoa humana. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro - **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo – **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de – **Lições de direitos da personalidade**. Coimbra: Almedina, 1992.

CASSAR, Vólia Bonfim – Tendências do direito do Trabalho e flexibilização de suas regras. In BARBOSA, Amanda; BUGALHO, Andréia Chiquini; SANTOS, Luiza de Oliveira Garcia Miessa dos, org. - **Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira - Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio, coord. - **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Catarina Sarmento e – **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

CATALANO, Giuseppe – **Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico. El derecho ante el proyecto genoma humano.** Bilbao: Fundación BBV, 1994.

CÉSAR, João Batista Martins – **A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2013.

CHUECA, Ricardo – La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In **Dignidad Humana y Derecho Fundamental.** Madrid: R. Chueca ed., 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires – Fundamentos do Estado de Direito. In MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-472-0367-2.

COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CORCOY, Mirentxu Bidasolo – Medicina predictiva y discriminación. **Cuadernos de La Fundación VictorGrifais i Lucas. Barcelona.** Nº 4, 2001.

CORREIA, Márcia Maria de Barros - Direito de informação e consentimento informado. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. - **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica.** São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 978-85-97-00265-2.

CORTÉS, Julio Cesar Galán - Consentimento informado. In ABELLÁN, Marina Gascón; CARRASCO, Maria del Carmen Gonzalez; MARTINEZ, Josefa Cantero, coord. - **Derecho Sanitario y Bioética – Cuestiones Actuales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CORTEZ, Julpiano Chaves – **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2015.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio – **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

COSTA, Sandra Morais de Brito – **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1147-6.

CUPIS, Adriano de - **I diritti della personalità**. Milão: Giuffré, 1950.

DALLARI, Dalmo de Abreu – **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DANTAS, Eduardo – Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na relação médico x paciente. **Lex Medicinæ**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 4, nº 8 (2007).

DELGADO, Gabriela Neves – **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8380-0.

DELGADO, Mauricio Godinho – **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996. ISBN 85-7322-040-6.

DINIZ, Maria Helena – **O estado atual do biodireito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONEDA, Danilo – **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DRAY, Guilherme Machado – **Justa causa e esfera privada**. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Vol. II. Coimbra: Almedina. 2001.

DRAY, Guilherme Machado – **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5900-6.

DURAND, Guy – **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Loyola, 2003.

DWORKIN, Ronald – **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald - **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald – **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECHTERHOFF, Gisele – **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

FACHIN, Luiz Edson - Fundamentos, limites de transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. Vol. 8 (2005).

FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo – **Bioética da libertação e saúde do trabalhador – A (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de – **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de informação e de expressão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da – **O trabalho da pessoa com deficiência – lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 85-361-0831-2.

GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F.; OSELKA, Gabriel – A bioética no século XXI. In GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F., coord. - **A Bioética no Século XXI**. Brasília: Editora UnB, 2000.

GOMES, Fabio Rodrigues – **Direitos fundamentais dos trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2461-2.

GOMES, Joaquim B. Barbosa – **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Diogo Costa – Pessoa e ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3786-8.

GRISOLIA, Santiago - A biotecnologia no terceiro milênio. In CASANOVA, Carlos Maria Romeo, org. - **Biotecnologia, Direito e Bioética. Perspectivas em Direito Comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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.

GUIMARÃES, Priscilla de Brito Ataíde – **A imigração e a proteção do trabalho: o dilema entre a aplicação do estatuto do estrangeiro e a proteção trabalhista dos imigrantes bolivianos e haitianos**. São Paulo: LTr, 2016. ISBN: 978-85-361-8931-4.

HABERMAS, Jürgen – Direito e moral (Tanner Lectures, 1986). In **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio - **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

HAMMERSCHMIDT, Denise – **Intimidade genética & direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

HESSE, Konrad - La interpretación constitucional. In **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOTTOIS, Gilbert; SUSANNE, Charles - Eugenia. In HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël, coord. – **Nova Enciclopédia da Bioética**. Trad. Maria de Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. ISBN 972-8407-72-6.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KANT, Immanuel - **Fundamentos da metafísica dos costumes**. In Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

KELSEN, Hans - **Teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN 978-85-7827-205-0.

KLIPPEL, Bruno – A origem e desenvolvimento histórico do direito do trabalho à luz dos direitos fundamentais. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. ISBN 978-85-5996-526-1.

KLOEPFER, Michael – Vida e dignidade humana. Trad. Rita Dostal Zanini. In SARLET, Ingo Wolfgang, org. – **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEAL, Ana Paula Araujo - A esfera privada da trabalhadora no acesso ao emprego e na formação profissional. In CAMPOS, Diogo Leite de, coord. - **Estudos sobre o Direito das Pessoas**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3137-8.

- LECLERC, Bruno - Aconselhamento genético. In HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. ISBN 972-8407-72-6.
- LECLERC, Bruno – Medicina preditiva. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- LEITE, Jorge. Princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. In PENIDO, Laís de Oliveira, coord. – **A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.
- LIMA NETO, Francisco Vieira – Ética, mapeamento de DNA e discriminação genética: novos desafios da pós-modernidade. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LIMA NETO, Francisco Vieira – Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição. In LEITE, Eduardo de Oliveira, coord. – **DNA como Meio de Prova de Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LIMA NETO, Francisco Vieira – **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto - Autolimitação do direito à privacidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. São Paulo. Vol. 34 (Abr.-Jun. 1998).
- LÔBO, Paulo Luiz Netto – **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves – **Constituição e biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana**. Vol. II. Coimbra: 2003.
- MALLET, Estêvão – Igualdade, discriminação e direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo. Vol. 76, nº 3, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus – A bioética, o biodireito e a biotecnologia na pós-modernidade e os reflexos na alimentação humana. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. – **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00265-2.

MARTEL, Letícia de Campos Velho – Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang, coord. - **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano – Os princípios e o direito do trabalho em Portugal. In SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro, coord. – **Os Novos Paradigmas do Direito do Trabalho (Homenagem a Valentin Carrion)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, João Nuno Zenha – **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. ISBN 972-774-44-4.

MARTINS-COSTA, Judith – Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3786-8.

MEIRELES, Edilton – **A Constituição do trabalho: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Helena Pereira de – **Implicações jurídicas do Projecto Genoma Humano: constituirá a discriminação genética uma nova forma de apartheid?** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

MELO, Helena Pereira de – **Manual de biodireito**. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3495-9.

MELO, Helena Pereira de – O genoma humano e o direito: determinismo vs. liberdade. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos,

- coord. - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2053-7.
- MELO, Luís Antônio Camargo de - Laudo Pericial: Fazenda Brasil Versus República Federativa do Brasil. In PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz, org. - **Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios**. São Paulo: LTr, 2017.
- MELO, Raimundo Simão de – **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-853-61-2424-7.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Alves – Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas - In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- MIGUEL, Carlos Ruiz – **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira - O combate ao trabalho escravo contemporâneo e a Justiça do Trabalho. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal, org. – **Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.
- MIRANDOLA, Pico Della – **On the dignity of man, on being and the one, heptaplus**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1977.
- MISSA, Jean-Noel; BÉRUBÉ-GENEST, Fernande - Sequenciação do genoma humano. In HOTTOIS, Gilberto; PARIZEAU, Marie-Hélène, org. – **Dicionário da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de - **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- MORAES, Maria Celina Bodin de – O princípio da dignidade da pessoa humana. In **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES JUNIOR, Ariel Salete de – **Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 978-85-362-6006-8.
- MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4208-4.
- MOREIRA FILHO, Carlos Alberto - Medicina genômica e prática clínica. In MIR, Luís, org. – **Genômica**. São Paulo: Atheneu, 2004.
- MORI, Michele Keiko – **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá, 2006.
- MYSCZCZUK, Ana Paula – **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2006.
- NEVES, Maria do Céu Patrão – O genoma e a identidade da pessoa. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. ISBN 972-603-221-0.
- NOGUEIRA, Hilda Maria Brzezinski da Cunha – A responsabilidade empresarial pelo meio ambiente do trabalho. In GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA Rúbia Zanutelli, coord. - **Direitos Humanos e Meio Ambiente do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais**. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3.
- NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Rui – Bases de dados genéticos – Perspectiva ética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3786-8.

NUNES, Rui – **GeneÉtica**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5181-9.

NUNES, Rui – Obrigações profissionais e regras de conduta. Olhar o presente, projetar o futuro. In **Direitos do Homem e Medicina**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

OLIVA-TELES, N. - The sense of responsibility in the context of professional activities in medical genetics. **Medicine, Health Care and Philosophy**. Vol. 14, nº 4 (2011).

OLIVEIRA, Guilherme de – Implicações jurídicas do conhecimento do genoma. In **Temas de Direito da Medicina**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 978-972-32-1316-4.

OLIVEIRA, Simone Born de – **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002.

OSSEGE, Albany; GARAFA, Volney – Bioética e mapeamento genético na seleção de trabalhadores. **Saúde Debate**. Rio de Janeiro. Vol. 39, nº 104 (Jan.-Mar. 2015).

OSSWALD, Walter – Limites do consentimento informado. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3786-8.

OSSWALD, Walter – Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 978-972-40-3786-8.

OTERO, Paulo – **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

PASTORE, José Eduardo Gibello – A crise do direito do trabalho. In PASTORE, José Eduardo Gibello, coord. - **Uma Reflexão sobre as Relações de Trabalho: Homenagem ao Professor José Pastore**. São Paulo: LTr, 2013.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de – **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues – **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO, Luiza Marques da Silva Cabral – **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Paulo Mota – O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portugal-Brasil – ano 2000. **Studia Iuridica**. Coimbra: Coimbra Editora. nº 40 (2000).

PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

PIRES, Alex Sander Xavier - **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016.

QUINTAS, Paula do Couto – **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado – direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5135-2.

QUINTINO, Cláudia Pereira – A fiscalização do correio eletrônico pelo empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador. In SILVA, Vasco Pereira da; SARLETT, Ingo Wolfgang, coord. – **Portugal, Brasil e o Mundo do Direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - O direito do trabalho na mudança: novos desafios e velhos problemas. In ROXO, Manuel M., coord. – **Trabalho, Economia e Sociedade: 100 anos de Inspeção do Trabalho em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6547-2.

REALE, Miguel - A pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel - **O projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

REGATEIRO, Fernando J. – Eugenia – passado, presente e futuro. **Brotéria Genética**. Lisboa. Vol. XVII (XCII), nº 1-2 (1996).

RESENDE, Renato de Souza – A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de, coord. – **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIDLEY, Matt – **Genome**. Trad. Irene Cifuentes. Santafé de Bogotá: Taurus, 2001.

RIDLEY, Matt – **Nature via nurture, genes, experience and what makes us human**. London: Harper Perennial, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes – **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 02 de setembro de 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes - Vida digna: direito, ética e ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, coord. - **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Duílio Lima – A construção histórica da cidadania mediante o acesso ao trabalho e à previdência. In FURTADO, Emmanuel Teófilo; NETO, Pedro Miron de Vasconcelos Dias, org. – **Teoria da Cidadania e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.

ROCHA, Fábio Ribeiro da – **Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente seguro e adequado – A responsabilidade civil do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2016.

ROCHA, Paulo Osório Gomes – Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado – In NOVELINO, Marcelo, org. – **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

ROCHA, Renata da – A engenharia genética e o admirável homem novo: avanços científicos, conflitos éticos e limites jurídicos. In SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, coord. – **Direito e Medicina: Novas Fronteiras da Ciência Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00265-2.

RODRIGUES, José Antonio Seoane – De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. Parte I. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao. nº 16 (2002).

SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Agostinho de Almeida – Os pilares da nova genética. Eficácia, prudência, razão. **Communio - Revista Internacional Católica**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa. Ano XIV, nº 5 (Out. 1997).

SANTOS, Enoque Ribeiro dos – **O dano moral na dispensa do empregado**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9289-5.

SANTOS, Fernando Ferreira dos – **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos - **Discriminação: uma questão de direitos humanos**. Brasília. Programa Nacional de Direitos Humanos, 1998.

SANTOS, Rodrigo Leonardo de Melo – **A discriminação de homens gays na dinâmica da relação de emprego: reflexões sob a perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 978-85-7348-551-6.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang – Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang, coord. – **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SARMENTO, Daniel – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ISBN 85-7387-113-X.

SARMENTO, Daniel – **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-450-0175-1.

SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel - **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson - **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-9343-2.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de – A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DELLEGRAVE NETO, José Afonso; COUTINHO, Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo, coord. - **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

SERRÃO, Daniel – Os desafios contemporâneos da Genética. In ASCENÇÃO, José de Oliveira, coord. – **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3786-8.

SHATTUCK, Roger. **Conhecimento proibido**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA, Maria Luisa Portocarrero – Autonomia da pessoa e determinismo genético. In NUNES, Rui; MELO, Helena; NUNES, Cristina, coord. – **Genoma e Dignidade Humana**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. ISBN 972-603-221-0.

SIMÓN, Sandra Lia - **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. ISBN 85-732-2938-1.

SKRZYPCZAC, Jean-François – **O inato e o adquirido, desigualdades ‘naturais’, desigualdades sociais**. Trad. Omar Matias. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

STUMM, Raquel Denize - **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima – O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. nº 10 (Set. 1996).

TEPEDINO, Gustavo - A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo – Direitos humanos e relações privadas. In **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo – O princípio fundamental da dignidade humana. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, coord. – **Princípios Constitucionais Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos – **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.

VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2754-5.

VIEIRA, Oscar Vilhena – **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA, Fabio Goulart – A centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e o direito social ao trabalho digno. In MEDEIROS, Benizete Ramos de, coord. – **O Mundo do Trabalho em Movimento e as Recentes Alterações Legislativas: Um Olhar Luso-Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9558-2.

VILLELA, Fabio Goulart – Limites ao poder fiscalizatório do empregador: a revista de pertences na defesa do patrimônio empresarial. In SANDES, Fagner – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. ISBN 978-85-5996-526-1.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**. Lisboa: Verbo. ISSN 0870-3965. Ano XLIV, XVII da 2ª série, nº 3 e 4 (Jul.-Dez. 2003).

XAVIER, Elton Dias – A identidade genética do ser humano como um biodireito. In LEITE, Eduardo Oliveira, coord. – **Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WEBER, Max – **Economía y sociedad**. Trad. José Medina Echavarría. *et. al.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

WIESE, Günther – **Implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales. El derecho ante el proyecto genoma humano**. Bilbao: Fundación BBV, 1994.

WILKIE, Tom – **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

YÁÑEZ, Gonzalo Figueroa – Información genética y derecho a la identidad personal. In BERGEL, S. D.; CANTÚ, J. M., org. - **Bioética y Genética**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.

ZAGALO-CARDOSO, José A.; ROLIM, Luísa – Aspectos psicossociais da medicina preditiva: revisão da literatura sobre testes de riscos genéticos. In **Psicologia, Saúde & Doenças**. Coimbra: Faculdade de Psicologia e de Ciência da Educação - Universidade de Coimbra, 2005.

ZARIFE, Natalia – Medidas de adaptação razoáveis como forma de prevenção de dispensa discriminatória – análise jurisprudencial. In SANDES, Fagner, org. – **Temas Atuais de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. ISBN 978-85-5996-526-1.

b) Teses/Dissertações/Relatórios

ECHTERHOFF, Gisele – **O direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007. 223 f. Dissertação de Mestrado em Direito

Econômico e Social [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024967.pdf>.

FROTA, Daniel Cidrão – **Dados pessoais e intimidade genética: novas ameaças e a busca por uma tutela efetiva luso-brasileira**. Porto: Universidade do Porto, 2003. 96 f. Dissertação de Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/70803/2/24833.pdf>.

c) Internet

AMARO, Maria Inês – **O trabalho como direito humano?** [Em linha]. Lisboa: Janus, 2008. [Consult. 30 Out. 2017]. Disponível em http://janusonline.pt/2008/2008_4_1_3.html.

BARBOSA, Rui – **Oração aos moços**. Ed. Ridendo Castigat Mores. eBooks [Em linha]. [Consult. 2 Nov. 2017]. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/Libris/aosmoccos.html>.

BARCHI, Rodrigo - O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. **Revista de Estudos Universitários** [Em linha]. Sorocaba. Vol. 33, nº 2 (Dez. 2007), p. 169-172. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjUkO-jg8nZAhWBzVkKHYCeCnYQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fperiodicos.uniso.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffreu%2Farticle%2Fdownload%2F1500%2F1466%2F&usg=AOvVaw1KrgjlGH0LM5Wd8WTogMnB>.

BESSA, Leonardo Roscoe – **Direito à autodeterminação informativa** [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24306-24308-1-PB.htm>.

CAVALCANTI, Tiago Muniz - **As horas extras de Sua Excelência** [Em linha]. Recife: Diário de Pernambuco, 2017. [Consult. 14 Dez. 2017]. Disponível em

http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2017/10/25/interna_politica,728138/tiago-muniz-cavalcanti-as-horas-extras-de-sua-excelencia.shtml.

FÉRRIZ, José Luis Sepúlveda - A responsabilidade como princípio para uma ética da relação entre ser humano e natureza. **VEREDAS FAVIP - Revista Eletrônica de Ciências** [Em linha]. Caruaru. Vol. 1, nº 2 (Jul.-Dez. 2008), p. 18-23. [Consult. 23 Fev. 2008]. Disponível em [http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDAD E%20COMO%20PRINC%3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA %20RELA%3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUR EZA\(1\).pdf](http://www.cpgss.pucgoias.edu.br/ArquivosUpload/24/file/A%20RESPONSABILIDAD E%20COMO%20PRINC%3%8DPIO%20PARA%20UMA%20%C3%89TICA%20DA %20RELA%3%87%C3%83O%20ENTRE%20SER%20HUMANO%20E%20NATUR EZA(1).pdf).

HAMMERSCHMIDT, Denise – Direito e discriminação genética [Em linha]. **Revista do Direito Privado da UEL**. Vol. 1. nº 2. [Consult. 31 Jan. 2018]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>.

LOPES-CENDES, I; ROCHA, JCC; JARDIM, LB – **Testes preditivos** [Em linha]. Projeto Diretrizes. Sociedade Brasileira de Genética Clínica (14 Set. 2007). [Consult. 27. Nov. 2017]. Disponível em https://diretrizes.amb.org.br/_BibliotecaAntiga/testes-preditivos.pdf.

MATTAR, Joaquim José Marques – A dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** [Em linha]. Salvador. nº 23 (Jul.-Set. 2010). [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-23-julho-2010-joaquim-mattar.pdf>.

MIKOS, Nádia Regina de Carvalho - O princípio constitucional da dignidade humana como fundamento do Estado contemporâneo. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Rio Grande, XIII. nº 82 (Nov. 2010). [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8677.

MORAES, Germana Oliveira de; PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes - O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. **Portal**

de E-Governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento [Em linha]. (Abr 2012). [Consult. 10 Out. 2017]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-biodireito-atrav%C3%AAs-do-prisma-do-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-dos-direitos-fu>.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira – Medicina preditiva: seus aspectos positivos e negativos em face do direito à privacidade. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. Rio Grande. Vol. XI, nº 57 (Set. 2008), [Consul. 27 Nov. 2017]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3122&revista_caderno=6.

NASSIF, Elaine Noronha – Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação [Em linha]. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, 1999. p. 109-118. [Consult. 31. Jan. 2018]. Disponível em www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf.

NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE – **About the Human Genome Project**. [Em linha]. [Consult. 30 Dez. 2017]. Disponível em <https://www.genome.gov/11006943/human-genome-project-completion-frequently-asked-questions/>.

SEQUEIROS, Jorge - **O que é um teste preditivo? Informação para doentes e familiares** [Em linha]. Trad. Hugo Sousa. Porto: Centro de Genética Preditiva e Preventiva. Nov. 2009. [Consult. 27 Nov. 2017]. Disponível em: <http://www.testegenetico.com/docs/uploaded/predictivept.pdf>.

SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho [Em linha]. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. ISSN 1981-187X. Nº 26 (Abr.-Mai.-Jun. 2011). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=516>.

3. ENTREVISTA

BRAGANÇA, Welbe Oliveira - Doenças e testes genéticos. Entrevista concedida a Fabio Goulart Villela, por correio eletrônico, em 16 Fev. 2018.