



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RENATHA GARCIA DE LA TORRE MEIRELES**

**DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO**

Salvador  
2013

**RENATHA GARCIA DE LA TORRE MEIRELES**

**DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE  
EMPREGO**

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

Orientador: Prof. Juliane Dias Facó

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**RENATHA GARCIA DE LA TORRE MEIRELES**

### **DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013

Aos meus pais, pela compreensão e  
por nunca medirem esforços para me  
ajudar.

A meus irmãos, pelas inocentes  
demonstrações de carinho.

A Bernar, pela paciência e confiança.

## **AGRADECIMENTOS**

A minha professora e orientadora Juliane Facó, que de maneira bastante acessível e companheira, confiou no meu lacunoso tema, incentivando-me e engrandecendo este trabalho com sua experiência profissional.

A Dra. Ana Thereza Meirelles, pelas suas imprescindíveis orientações, conselhos, empréstimos de material e, em especial, pelo *insight* quanto à minha decisão sobre a escolha do tema.

Meu muito obrigada.

“A ciência nunca resolve um problema sem criar pelo menos outros dez”  
George Bernard Shaw

## RESUMO

O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar a possibilidade ou não do acesso e utilização das informações genéticas nas relações de emprego, e no caso de serem permitidos, qual a tutela jurídica que se coaduna com a o princípio da não discriminação. Para tanto, apresentam-se e conceituam-se aspectos genéticos imprescindíveis à compreensão da matéria, estudando a evolução histórica e os significados para a ciência genética dos resultados alcançados. Oportunamente, dedica-se à análise do consequente uso da informação genética para fins discriminatórios e as soluções jurídicas adotadas por outros países. Destina-se, ainda, a investigar a existência de legislação nacional específica sobre o tema, e em não sendo encontrada, propor uso subsidiário de outras fontes normativas. Dedicada ainda especial atenção aos aspectos trabalhistas essenciais para a compreensão da matéria, diferenciando relação de trabalho da relação de emprego, e explicando, com base no poder direito/de controle do empregador, o fundamento para a escolha pela relação de emprego. Relacionando os temas aparentemente desconexos da genética e do direito trabalhista, são elencados os exames admitidos no direito do trabalho, avaliando a possibilidade de subsunção dos testes genéticos dentre os obrigatórios do artigo 168 da CLT. Para contextualização das práticas discriminatória, examinam-se as condutas discriminatórias nas relações de emprego e os posicionamentos legislativos que as vedam. O presente trabalho apresenta ainda o conceito e as consequências da discriminação genética nas relações de emprego, analisando os princípios jurídicos violados mediante esta prática, sobretudo os da igualdade e da intimidade. É demonstrado o tratamento jurídico normativo de outras nações e órgãos internacionais para combater essa discriminação, para possível associação e reflexão para aplicação nacional. Por fim, são apresentadas situações concretas que utilizaram ou deveriam utilizar as informações genéticas de seus empregados e candidatos, indicando em quais situações pode-se acessar e utilizar as informações genéticas nas relações de emprego sem que seja configurada a discriminação.

**Palavras-chave:** Discriminação; Genética; Relação de emprego; Predisposição genética; Igualdade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CBV	Confederação Brasileira de Vôlei
CCB/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
NR	Norma Regulamentadora
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PCMSO	Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 INVESTIGAÇÃO GENÉTICA</b>	12
2.1 A EVOLUÇÃO DAS PESQUISAS GENÉTICAS	12
<b>2.1.1 De Mendel às descobertas de Watson e Crick</b>	13
<b>2.1.2 O Projeto Genoma Humano</b>	14
2.2 NOTAS PRELIMINARES: BREVES NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE GENE, GENOMA, CROMOSSOMO E DNA	16
2.3 TESTES GENÉTICOS OU <i>SCREENING</i>	18
<b>2.3.1 Motivos e benefícios da sua realização</b>	20
<b>2.3.2 Aspectos negativos quanto à sua realização: falibilidade e críticas</b>	21
2.4 ACONSELHAMENTO GENÉTICO	23
2.5 REDUACIONISMO GENÉTICO	25
2.6 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA	28
<b>2.6.1 Casos de incidência</b>	29
<b>2.6.2 Tutela jurídica nacional</b>	30
<b>2.6.3 Cenário Internacional</b>	32
<b>3 ASPECTOS TRABALHISTAS ESSENCIAIS PARA COMPREENSÃO DA DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b>	34
3.1 RELAÇÃO DE EMPREGO	34
<b>3.1.1 Conceito e distinção entre relação de trabalho</b>	34
<b>3.1.2 Sujeitos típicos da relação de emprego</b>	36
3.1.2.1 Empregado	36
3.1.2.2 Empregador	39
3.2 PODER DIRETIVO/DE CONTROLE DO EMPREGADOR	43
3.3 EXAMES ADMITIDOS NO DIREITO DO TRABALHO	46
<b>3.3.1 Exames médicos obrigatórios do art. 168 da CLT</b>	48
<b>3.3.2 O não enquadramento do teste genético dentre os determinados pelo art. 168 da CLT</b>	50
3.4 DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	51
<b>3.4.1 Momentos de ocorrência</b>	53

<b>3.4.2 Legislação que vede tal conduta</b>	57
<b>4 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b>	60
4.1 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS: NÃO CONFIGURAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO	62
4.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS VIOLADOS	64
<b>4.2.1 Igualdade</b>	65
<b>4.2.2 Intimidade e privacidade</b>	67
4.3 INTIMIDADE GENÉTICA	69
<b>4.3.1 Conceito e tutela jurídica da intimidade genética</b>	70
<b>4.3.2 O direito de não saber</b>	72
4.4 TUTELA JURÍDICA SOBRE O TEMA	75
<b>4.4.1 Ausência de legislação nacional específica</b>	75
<b>4.4.2 Legislação estrangeira</b>	78
4.4.2.1 Lei nº 12/2005 de Portugal	79
4.4.2.2 A Lei contra a discriminação genética nos Estados Unidos	81
<b>4.4.3 Declarações internacionais</b>	82
4.5 ANÁLISE CONCRETA DE CASOS REAIS E EVENTUAIS DE DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	83
<b>4.5.1 Atleta de vôlei: o caso da anemia falciforme</b>	84
<b>4.5.2 Pedreiro e alergia a cimento: outra perspectiva para o uso da informação genética</b>	87
<b>5 CONCLUSÃO</b>	92
<b>REFERÊNCIAS</b>	95

## 1 INTRODUÇÃO

O conhecimento da essência biológica e genética do ser humano sempre foi um dos maiores objetivos da ciência. As constantes evoluções das pesquisas genéticas estão conseguindo trazer premissas fundamentais para diagnóstico e solução de diversas doenças, inclusive as genéticas. Como fato histórico, tem-se a conclusão do Projeto Genoma Humano, o qual concluiu mapeado todo o genoma humano, restando apenas interpretá-lo.

Contudo, o que aparenta ser simplesmente benéfico para a sociedade – a evolução das pesquisas genéticas – mostra-se como mais uma ferramenta de discriminação, na medida em que os dados genéticos dos indivíduos representam uma nova forma de segregação em grupos, onde estarão separados os portadores de genes “bons” e de genes “ruins”.

Diversas são as utilidades do conhecimento das informações genéticas de uma pessoa, inclusive o seu uso para fins discriminatórios, pois ao se conhecer as suas características genéticas, pode-se optar por rejeitá-la ou não em algum âmbito, baseando-se numa predisposição genética.

Uma dessas possibilidades de discriminação é no âmbito das relações de emprego, quando o empregador, valendo-se dos dados genéticos de seus candidatos ou empregados e receoso do desenvolvimento da sua predisposição genética, não o admita ou o despeça, para que sejam evitados eventuais custos em razão de uma enfermidade futura.

Tem-se, pois, a discriminação genética nas relações de emprego, tema relativamente novo no Direito brasileiro, porém já uma realidade globalizada. Ele mostra-se como um problema de iminente importância e urgência, pois a hipossuficiência do empregado se apresenta como um empecilho à efetiva proteção dos seus direitos fundamentais. Revela-se este um estudo difícil, devido à inexistência de uma legislação específica, bem como julgados e doutrinas a seu respeito.

Nesse sentido, questionar-se-á a legitimidade do acesso e utilização dos dados genéticos nas relações de emprego, e em sendo possível, quais os limites desta utilização.

Para tanto, algumas premissas das ciências genéticas deverão ser trazidas a baila inicialmente. Desta forma, o primeiro capítulo foi reservado ao seu estudo, fazendo uma breve análise da evolução história das pesquisas genéticas, bem como trazendo conceitos fundamentais às ciências genéticas. Será interessante compreender a disciplina legal destinada aos testes genéticos em outras nações, além da disciplina quanto à sua utilização no âmbito laboral de outros países, em face da inexistência de legislação específica sobre o tema no Brasil.

Antes de iniciar outro capítulo, interessante se faz apresentar o conceito de discriminação genética, com seus casos de incidência e sua tutela no cenário internacional. Apenas com as noções bem estabelecidas será possível a compreensão do presente trabalho.

O próximo capítulo restringe-se ao âmbito do Direito do Trabalho, o qual foi destinado à análise e conceituação de aspectos basilares trabalhistas. Em um dos seus subcapítulos, procurar-se-á conhecer os exames admitidos no Direito do Trabalho e já se fará uma conexão com o tema de genética, ao avaliar o enquadramento ou não de testes genéticos como um daqueles.

O último capítulo, por sua vez, busca desenvolver uma análise da discriminação genética nas relações de emprego. Destarte, será necessário averiguar no que exatamente consiste essa discriminação, quais os princípios violados nessa prática, a legislação nacional e internacional referente ao tema e a jurisprudência encontrada.

## 2 INVESTIGAÇÃO GENÉTICA

Para compreender melhor o conceito de discriminação genética, bem como a importância de sua proibição no ambiente de trabalho, necessário se faz explorar algumas noções introdutórias acerca da investigação genética. E para tanto, far-se-á uma breve contextualização histórica, esclarecimento sobre conceitos genéticos básicos e sobre o panorama atual da ciência da genética. Afinal, só há sentido em se falar em discriminação genética, à medida em que o desenvolvimento científico passa a permitir o acesso e a divulgação dos dados genéticos.

Não há de se negar que representa uma realidade dos dias atuais a importância que os avanços nas pesquisas genéticas têm alcançado, principalmente após a conclusão do Projeto Genoma. E a aplicação de testes genéticos, com objetivo específico de avaliar a probabilidade de desenvolvimento de certas doenças, passou a ser cada vez mais utilizado, especificamente pelos empregadores, que perceberam em tais exames a possibilidade de diminuição dos seus custos, em razão de não terem que arcar com eventuais indenizações decorrentes em função do desenvolvimento dessas doenças, bem como com processo seletivo de novos funcionários. Ocorre que tal prática é juridicamente contestável, como será abordado no presente trabalho.

### 2.1 A EVOLUÇÃO DAS PESQUISAS GENÉTICAS

O estado atual das pesquisas genéticas necessariamente pressupõe uma caminhada histórica que se iniciou em meados do século XIX, com os experimentos de Gregor Mendel, e definitivamente foi explorada com a descoberta da estrutura molecular do ácido desoxirribonucleico (DNA) por Watson e Crick, no início da década de 1950. Esses dois momentos históricos, em conjunto com o Projeto Genoma Humano, são fundamentais à ciência atual e a compreensão da investigação genética, de modo que eles merecem ser examinados neste trabalho, ainda que brevemente.

### 2.1.1 De Mendel às descobertas de Watson e Crick

Os estudos mais específicos e sistemáticos acerca da influência dos genes na determinação dos traços hereditários do homem tiveram início na segunda metade do século XIX, quando Gregor Mendel, em 1865<sup>1</sup>, formulou a “lei dos caracteres hereditários”. Foram as suas experiências com diversas ervilhas (*pisum sativum*) que permitiram tais avanços científicos, pois, ao cultivá-las, o austríaco – conhecido como “pai da genética” – observou a maneira como são transmitidos os traços genéticos aos descendentes, o que lhe proporcionou formular os primeiros princípios relacionados à hereditariedade.<sup>2</sup>

A partir de então, inúmeros cientistas passaram a de fato se dedicar aos estudos da genética até atingirem o conhecimento sobre as estruturas moleculares que permitem a transmissão dos caracteres hereditários. Superou-se, pois, a ideia de herança mesclada – originalmente concebida por Aristóteles -, segundo a qual o descendente resultaria de uma mescla entre as informações provenientes do espermatozoide e do óvulo dos progenitores. Através de suas experimentações, conseguiu Mendel formular a teoria da herança particulada, provando que as características são determinadas por discretas unidades que são herdadas intactas ao longo das gerações.<sup>3</sup>

Vai muito além, contudo, a sua importância para o desenvolvimento das pesquisas genéticas. Foi Mendel o primeiro a conceituar genes transmissíveis, permitindo que esse fato pudesse ser visto como “ponto inicial da genética molecular, que resultou na identificação do DNA como constituinte do material genético e na determinação das estruturas bioquímicas dos genes”.<sup>4</sup>

Em que pese as pesquisas de Mendel datarem de meados do século XIX, durante a primeira metade do século os estudos sobre o DNA focaram-se primordialmente em sua estrutura bioquímica. Somente em 1953 a genética definitivamente alçou ao

---

<sup>1</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

<sup>2</sup> MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>3</sup> GRIFFITHS, Anthony J.F. **Introdução à genética**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

<sup>4</sup> WLAKER, Matthew R., *apud* MYSZCZUK, Ana Paula. *Op. cit.*, 2005, p. 20.

centro das pesquisas científicas, com Francis Crick e James Watson, que revolucionaram a genética ao publicarem artigo na revista *Nature*, revelando a descoberta da estrutura da molécula de DNA no modelo de dupla hélice, similar ao formato de uma escada em espiral, a qual é responsável pelo armazenamento das informações genéticas dos organismos.

Essa descoberta, que foi considerada uma das mais importantes do século passado, e as pesquisas que se desenvolveram depois, demonstraram a coerência do modelo proposto pelos referidos cientistas. Na segunda metade do século XX, as pesquisas sobre genética cresceram consideravelmente, sendo realizadas por cientistas de todo o mundo, culminando com o Projeto Genoma Humano, com o intuito de mapear e sequenciar integralmente o genoma da espécie humana.

### 2.1.2 O Projeto Genoma Humano

O Projeto Genoma Humano, anunciado pela primeira vez em 1986 e iniciado em 1988, consistiu em uma cooperação da comunidade científica internacional direcionada para a análise da estrutura do DNA humano, objetivando realizar o seu completo mapeamento. Ou seja, a intenção deste projeto era “o mapeamento, sequenciamento e descrição do genoma humano. Realizar o mapeamento genético significa representar graficamente o posicionamento dos genes no genoma humano.”<sup>5</sup>

Laboratórios de diversos países <sup>6</sup> empreenderam esforços conjunto por treze anos até o cumprimento das metas traçadas, sob financiamento de recursos destinados

---

<sup>5</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 179.

<sup>6</sup> Conforme ensina Ana Paula Myszczyk, o Brasil foi um dos países integrantes do Projeto Genoma, a partir de 1997, atuando principalmente através do Programa GENOMA-FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), do qual fazem parte a UNICAMP, UNESP, USP, UFRJ, UNIVAP, UNIMOGI/UFPE, UFSCARLOS, Instituto Butantan, Instituto Agronômico de Campinas e Instituto Biológico. Interessante notar que, além do Brasil, outros 18 países participaram desse empreendimento dentre os quais Itália, França, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Rússia e Japão. (MYSZCZYK, Ana Paula. **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2005.)

por seus respectivos governos e tendo como compromisso tornar pública as descobertas, não pleiteando *royalties* ou requerendo patentes pelas mesmas.<sup>7</sup>

No campo privado, em paralelo ao Projeto Genoma Humano, um grande empreendimento americano, denominado *Celera Genomics*, desenvolveu-se com interesse no sequenciamento do genoma humano. A empresa criada por Graig Venter, em maio de 1998, que contava com investimentos muito superiores, objetivava concluir o mapeamento antes do consórcio internacional para conseguir patentear as descobertas e lucrar com os *royalties*.<sup>8</sup>

A disputa existente foi benéfica, na medida que acabou antecipando a divulgação dos resultados dos trabalhos, pois ao perceber que o grupo privado estava avançando nas pesquisas, aproximando-se do completo mapeamento – o que provocaria consequências desastrosas, visto que o patenteamento das descobertas é um grande obstáculo para as pesquisas futuras – e receosos de perder o trabalho até então realizado, os responsáveis pelo Projeto Genoma Humano, afastando as divergências pela primeira vez, decidiram disponibilizar, de forma conjunta, o mapeamento de 97% do genoma humano na internet no ano 2000.

Notória foi a importância desse feito para a humanidade e aos rumos da ciência. Corroborara-se com tal afirmação o fato de a divulgação dos resultados obtidos – ainda incompletos<sup>9</sup> - ter sido pronunciada pelo então presidente norte-americano Bill Clinton, direto da Casa Branca e pelo Primeiro Ministro britânico Anthony Blair, de Londres, participando via satélite em cerimônia oficial. Nesta ocasião, em meios às comemorações pelo êxito do Projeto e em razão das perspectivas que se mostravam a partir de então no campo da genética, o cientista e homem de negócios Graig Venter alertou que a discriminação genética era uma ameaça imediata, devendo o Estado ficar atento para conferir proteção às pessoas que se submeterem aos testes genéticos, pois podem ser discriminadas, inclusive por empregadores<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> O Projeto Genoma Humano apenas foi concluído em 14.04.2003, com o mapeamento de 99% do genoma humano (LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.).

<sup>10</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. *Op. cit*, 2008.



Não se pode olvidar o sucesso que o Projeto Genoma Humano representou, marcando grandes avanços científicos da humanidade e alavancando seus objetivos na área da saúde, que eram a otimização dos métodos de diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças genéticas. Passa-se, com isso, a um novo desafio, qual seja, saber ler o conteúdo do seu mapeamento e interpretá-los, descobrindo as bases genéticas para a saúde e a patologia de doenças humanas. Inaugura-se, pois, uma nova era de descobertas que irá transformar a saúde humana.

## 2.2 NOTAS PRELIMINARES: BREVES NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE GENE, GENOMA, CROMOSSOMO E DNA.

Para que se possa compreender o significado de informação genética e o porquê de ela estar sendo problematizada quanto ao seu acesso e sua utilização nas relações de emprego, o trabalho em tela necessariamente perpassará por alguns conceitos alheios ao Direito, mas inerentes à ciência genética. Assim, fundamental a apreensão de algumas noções básicas sobre a genética.

Embora sejam expressões comumente utilizadas porque já incorporadas ao vocabulário das pessoas em geral, não é a maioria delas que possui ideia concreta dos significados técnicos e das funções desempenhadas pelo DNA, gene e genoma. Por possuírem apenas uma ideia vaga sobre eles, acaba-se por gerar certa confusão entre esses termos, o que dificulta uma verdadeira compreensão da matéria. Diante disso, e tendo em vista a importância que possuem no estudo da discriminação genética, em breves linhas serão delimitadas essas expressões.

O ácido desoxirribonucleico (DNA), em apertada síntese, corresponde à molécula (ou conjunto de moléculas) em que estão contidas todas as informações genéticas de um ser vivo. Essa molécula integra o núcleo de cada célula, distribuindo-se através de diversos fragmentos ou cromossomos.<sup>11</sup> A Lei de Biossegurança<sup>12</sup>, Lei 11.105/2005, o define, em seu artigo 3º, II, como “o material genético que contém

---

<sup>11</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei 11.105/2005**, de 24 de março de 2005. Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm)>. Acesso em: 23 set. 2012.

informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”.

O gene, nesse contexto, é o fragmento de DNA distribuído no cromossomo, constituindo a unidade física e funcional da herança, a unidade de informação. Ele controla o desenvolvimento embrionário e a formação de um ser humano.<sup>13</sup> Sua função é levar ou codificar a informação para a composição da proteína. Francisco Vieira Lima Neto leciona que:

Um segmento de DNA (um ácido nucléico do tipo desoxirribose) cujo molécula é formada por quatro bases (adenina, citosina, guanina e timina) em sequência, ligada uma à outra (sempre adenina com timina e citosina com guanina) lado a lado por pontes de hidrogênio, como uma hélice dupla.<sup>14</sup>

A seu turno, os cromossomos representam o material hereditário, que possui como função a conservação, transmissão, e expressar a informação genética. Eles são constituídos de DNA, e a espécie humana possui em cada célula somática 46 cromossomos (23 pares), os quais, no momento de divisão celular, duplicam-se para que suas moléculas de DNA se dividam e cada cadeia da dupla hélice sirva de matriz para a construção de uma nova cadeia de DNA.<sup>15</sup>

O genoma, por sua vez, corresponde ao conjunto de genes de um ser vivo. Em outras palavras, pode ser descrito como “a constituição genética total do ser. No caso do ser humano, consiste em 03 bilhões de pares de base de DNA, distribuídos em 23 pares de cromossomos, que contém de 70 a 100 mil genes”<sup>16</sup>, sendo também conhecido como patrimônio genético e identidade genética. Ele é idêntico em todas as células de um mesmo indivíduo.<sup>17</sup>

Realizada a análise e conceituação dos termos relacionados à ciência genética e imprescindíveis à compreensão da matéria, é possível, a seguir, adentrar em questões específicas e associadas à problematização do tema.

---

<sup>13</sup> ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>14</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 21

<sup>15</sup> ECHTERHOFF, Gisele. *Op. cit.*, 2010.

<sup>16</sup> MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34/35.

<sup>17</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBBCrim, 1999

## 2.3 TESTES GENÉTICOS OU SCREENING

Atualmente, os chamados testes genéticos têm se popularizado demasiadamente em diversos países, a exemplo dos Estados Unidos e em menor escala também no Brasil. Poucas são as pessoas que sabem o real significado deles, bem como qual a sua importância, haja vista o elevado valor financeiro para a sua realização e a falta de informações divulgadas corretamente.

Para a análise e compreensão da matéria ora discutida, relevante se mostra o estudo acerca destes testes, que embora camuflam apenas benefícios, podem gerar consequências indesejáveis a quem os realiza.

A informação genética de um indivíduo pode ser obtida, basicamente, mediante três tipos principais de testes, abaixo elencados:

- a) as análises forenses ou periciais do DNA (*DNA analysis*); b) provas do segmento genético (*genetic monitoring* – com suas variantes citogenéticas, segundo se destinem a observar danos ocorridos na estrutura do cromossomo ou na estrutura molecular do DNA contida no cromossomo); c) provas de controle genético (*genetic screening*).<sup>18</sup>

As análises periciais objetivam apenas averiguar se existe coincidência entre duas ou mais amostras de DNA, com intuito de observar se há ou não identidade entre elas. Assim, ela não tem muita importância para este trabalho de curso, sendo as áreas de direito penal e de família as que mais se utilizam desses testes, a exemplo da indicação de um suspeito de um crime e da investigação de paternidade, respectivamente.

Já as provas de segmento genético (*genetic monitoring*) e as provas de informações genéticas de controle (*genetic screening*) objetivam o acesso à informação genética e a descoberta de diagnósticos acerca da predisposição à doenças. Neste sentido, é de extrema importância e relação com o tema estudado.

O *genetic monitoring* relaciona-se com os exames realizados com objetivo de identificação de alteração nos genes, em decorrência do meio em que a pessoa está

---

<sup>18</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 173.

inserida. E desta maneira, procura-se identificar se o meio é nocivo para encontrar alternativas menos agressivas à saúde.<sup>19</sup>

No que diz respeito ao *genetic screening*, este é o teste mais popularizado para acesso às informações genéticas e o que mais desperta preocupação dos que buscam coibir a investigação genética para fins eugênicos e discriminatórios<sup>20</sup>, razão pela qual ganhará foco neste trabalho. É, inclusive, o mais utilizado na esfera laboral. Este teste geralmente é aplicado uma única vez, pois seu objetivo é detectar a existência de predisposição genética a certas enfermidades, e não a comparação do estado de saúde do indivíduo em diferentes momentos de sua vida, como o *genetic monitoring*. O seu diagnóstico revela, como regra, se o examinado apresenta probabilidade maior ou menor, em referência a um padrão médio, de desenvolver determinadas patologias.

Assim, os testes genéticos, também chamados de *screening*, são entendidos pela medicina como o rastreamento de fatores relevantes para doenças numa população assintomática.<sup>21</sup> Eles são realizados através de uma simples coleta sanguínea e sua análise ou de outro tecido.

No que pese ainda serem inacessíveis economicamente para grande parte da população mundial, e não terem cobertura por planos de saúde, estes testes estão cada vez mais se popularizando em todo o mundo, pois muitas pessoas têm interesse em saber se possuem alguma predisposição genética para doenças.

Ele ganhou bastante popularidade, inclusive, recentemente, quando a atriz hollywoodiana Angelina Jolie<sup>22</sup>, receosa da hereditariedade da constituição genética de sua mãe, que morrera de câncer de ovário aos cinquenta e seis anos, realizou por conta própria um teste genético. O resultado foi bastante decisivo em sua vida, pois detectou que a atriz, em razão de uma mutação genética<sup>23</sup>, possuía a

---

<sup>19</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBBCrim, 1999

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>22</sup> JOLIE, Angelina. **My medical choice**. New York Times. Nova York, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?hp>>. Acesso em: 14 maio 2013.

<sup>23</sup> No original, depoimento de Angelina Jolie: "I have always told them not to worry, but the truth is I carry a "faulty" gene, BRCA1, which sharply increases my risk of developing breast cancer and ovarian cancer." Tradução livre: "Eu sempre lhes disse para não se preocupar, mas a verdade é que eu carrego um gene "defeituoso", BRCA1, que aumenta drasticamente o meu risco de desenvolver câncer de mama e câncer de ovário"

predisposição de 87% de chance de desenvolver câncer de mama e de 50% de câncer de ovário.

A partir do resultado, e mediante aconselhamento genético - que será brevemente analisado *a posteriori* - Angelina decidiu pela retirada dos seus seios, o que, com fundamentos na literatura médica, reduziu para 5% de chance do desenvolvimento do câncer de mama.<sup>24</sup> Com a exposição midiática que possui a atriz, e sua consequente influência, a maneira como Angelina descobriu sua predisposição despertará a curiosidade e o interesse da população, principalmente àqueles que possuem histórico familiar de câncer de mama e ovário. Assim, os testes genéticos ganham mais popularidade, o que proporciona que mais pessoas se interessem por eles.

Tais testes têm como objetivo a identificação dos genes defeituosos que estão ligados ao desenvolvimento de certas doenças, bem como visam descobrir como estes genes se manifestam e são transmitidos. Ou seja, seu objetivo primordial é a obtenção das informações genéticas do indivíduo, visando, em especial, detectar a existência de genes que indicam a possibilidade de manifestação de uma doença.

### **2.3.1 Motivos e benefícios da sua realização**

Grande é o número de pessoas saudáveis que realizam atualmente exames de *screening*. E diversas são as razões aparentes que as levam a realizar testes genéticos, tais como: o interesse em saber se possuem risco elevado de desenvolver uma doença genética existente na família ao longo de sua vida; quando um dos membros de um casal possui na família uma doença genética e deseja saber se ela pode ser transmitida para o filho; para subsidiar o planejamento familiar de casais que pretendem ter filhos; quando na gravidez se realizou algum teste que mostrou um risco aumentado de o seu bebê vir a desenvolver uma doença genética; ou porque tem o empregador interesse em conhecer a identidade genética do seu empregado.

---

<sup>24</sup> GLOBO. **Com receio de câncer, Angelina Jolie faz cirurgia para retirar os seios.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2013/05/com-receio-de-cancer-angelina-jolie-retira-os-seios.html>> . Acesso em: 14 maio 2013.

Há a crença de que o rastreamento automaticamente reduziria a chance de desenvolver determinadas doenças ou suas consequências mais graves. Em realidade, a popularização da realização desses testes genéticos deve-se à indústria de equipamentos e aos grandes laboratórios farmacêuticos<sup>25</sup>

Os benefícios dos testes genéticos são evidentes, na medida em que ele pode ajudar a diagnosticar uma doença genética, possibilitando, por vezes, um tratamento adequado. Quando for indicado que se tem um grande risco de se desenvolver determinada doença no futuro, poderá o indivíduo se beneficiar de exames médicos mais frequentes e assim diminuir o risco da doença.

O resultado também pode ser útil quando se pensa em ter filho, pois realizando testes genéticos durante a gravidez e conhecendo o risco de ter uma criança com certa doença genética, pode-se preparar psicologicamente e em termos práticos para essa situação.

Ademais, em razão de habitualmente as doenças genéticas se transmitirem na família, ter conhecimento sobre sua constituição genética pode ser útil para outros familiares. E se estiverem prevenidos sobre a doença familiar, podem ser evitados diagnósticos errados, perdas de tempo e uso dessas informações para quando quiserem ter filhos.

### **2.3.2 Aspectos negativos quanto à sua realização: falibilidade e críticas**

Esses testes, entretanto, irão não somente possibilitar o diagnóstico de doenças, mas também implicar no conhecimento de informação pessoal, pois têm a capacidade de identificar os indivíduos, estabelecendo suas características biológicas e de seus familiares. Carlos María Romeo Casabona<sup>26</sup> lembra que as informações obtidas através destes testes podem revelar dados biológicos sobre a saúde presente e futura do indivíduo, não apenas identificando eventuais doenças genéticas, mas também possibilitando informações que dizem respeito a própria

---

<sup>25</sup> ELUF-NETO, José; Wünsch-Filho, Victor. **Screening faz bem à saúde?** Rev. Assoc. Med. Bras. vol.46, n.4 São Paulo, Oct./Dec. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000400028&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000400028&script=sci_arttext)> . Acesso em 03 maio 2013.

<sup>26</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito:** sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999, p. 55.

capacidade reprodutiva e à saúde futura de seus filhos. Ele adverte, inclusive, que os testes podem revelar, através de suas informações, paternidade e, o mais gravoso, podem pressupor certos aspectos relacionados à personalidade, comportamento e inteligência.

Outro aspecto negativo quanto à realização dos testes genéticos e utilização das informações obtidas é que não existe tratamento para todas as moléstias por eles diagnosticadas. As técnicas de engenharia genética têm capacidade para detectar mais de três mil patologias congênitas<sup>27</sup>, entre elas a anemia falciforme e a miopatia de Duchenne<sup>28</sup>. Devido à inexistência de tratamento e cura para todas as doenças capazes de serem diagnosticadas mediante os testes genéticos, o quão benéfico seria a busca de diagnósticos não havendo a possibilidade de cura efetiva?

Há de se ressaltar, como foco deste trabalho, que a discriminação genética é uma das possíveis consequência do uso indiscriminado de testes genéticos e, dado a sua relevância, merecerá capítulo próprio neste trabalho.

Não obstante a evolução e melhora na eficiência dos testes genético, em alguns casos, uma alteração no gene ou cromossoma (mutação) pode não ser encontrada em razão das técnicas laboratoriais atuais. E para algumas doenças, ainda que seja encontrada uma alteração num gene ou num cromossoma, não é possível dizer até que medida a pessoa será por ela afetada.

O grande prejuízo advindo da realização de teste genético refere-se ao aspecto psicológico. Regina Romeira<sup>29</sup> discorre sobre as implicações psicológicas da testagem genética para câncer de mama/ovário, advertindo que é de extrema complexidade o examinado entrar em contato com dados que remetam à convivência ao longo da vida com sofrimento e dor, e que o stress decorrente do conhecimento de um elevado risco de doença pode interferir em atividades adequadas de controle, o que pode afetar a adoção de medidas protetivas.

---

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>28</sup> Milhares doenças já conseguem ser diagnosticadas através da realização de testes genéticos, entre elas a anemia falciforme, a doença de Tay-Sanchs, agamaglobulinemia, a thalassemia, anencefalia e a miopatia de Duchenne.( DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

<sup>29</sup> ROMEIRA, Regina Célia Pawlovski Mena. **Algumas implicações psicológicas da testagem genética para câncer de mama/ovário**. *Psicol. Am. Lat.*, México, n. 9, abr. 2007 . Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2007000100012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2007000100012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 03 maio 2013.

Como psicóloga, orienta aos profissionais que utilizarão os testes genéticos a conhecerem a informação de que as pessoas de riscos para doenças podem ter sofrimento psicológico associado, e que os resultados negativos possibilitam stress, aumento de sofrimento e ansiedade, o que pode interferir no desenvolvimento da doença.

Portanto, torna-se evidente a necessidade e importância de participação de psicólogos nas equipes multidisciplinares que realizam testes genéticos, especialmente na avaliação psicológica dos indivíduos que se apresentam para as investigações, suporte psicológico aos pacientes, participação junto aos demais integrantes das equipes para reflexões conjuntas, além da elaboração de estratégias de atendimento.

Logo, para que os testes genéticos sejam benéficos para as pessoas que recebem a informação, é necessário adotar cuidados éticos. Sua realização deve ter um propósito razoável que justifique o procedimento, sendo levado em consideração os aspectos negativos e positivos quanto ao conhecimento das informações genéticas.

## 2.4 ACONSELHAMENTO GENÉTICO

O aconselhamento genético consiste “no processo de comunicação que trata de problemas humanos relacionados com a ocorrência e o risco de recorrência de uma doença genética em uma família”<sup>30</sup>.

Ele é de fundamental importância quando realizados testes genéticos, tendo em vista que os riscos inerentes aos testes não são os dados em si, porém a forma como são interpretados e repassados para os envolvidos. Assim, o teste pode ser prejudicial se realizado por profissional inábil ao aconselhamento e com conhecimento insuficiente de genética.

---

<sup>30</sup> Este conceito de aconselhamento genético foi proposto em 1975, pela American Society of Human Genetics (ASHG) (**A importância do aconselhamento genético**. Disponível em: <<http://www.embrioconsult.com.br/aconselhamento-genetico.php>>. Acesso em 02 jun. 2013). O conceito de aconselhamento genético foi criado em 1947 pelo geneticista Sheldon Reed, em oposição a antigas práticas científicas em nome de uma “melhora racial”. A proposta de Reed era que ao conceito fosse atribuída uma conotação de neutralidade, desvinculada das práticas eugênicas.



Para que o teste seja realizado, são imprescindíveis justificativas e o consentimento prévio e inequívoco de quem é examinado. O consentimento prévio é uma espécie de garantia ética às pessoas submetidas a testes genéticos, sendo este o momento no qual a pessoa será informada sobre os objetivos do teste, bem como quando será consultada sobre o interesse em receber ou não as informações sobre características ou doenças genéticas identificadas, com fulcro no direito potestativo de não saber. E ele se justifica pelo acentuado potencial de causar graves consequências ao examinado, dentre as quais se destaca a discriminação genética. Somente após tomar conhecimento acerca de todas as consequências do exame, ele estará apto a realizá-lo. É o que se infere do excerto abaixo:

A regra geral é o princípio do consentimento informado. Não é possível o acesso e o tratamento dos dados genéticos sem o consentimento informado de seu titular, pois unicamente com a autorização do titular dos dados genéticos, para o qual se requer informação prévia, expressa, precisa e inequívoca, é lícito o acesso, conhecimento e tratamento dos dados genéticos. A crucial importância que se outorga ao consentimento se fundamenta na liberdade de autodeterminação do sujeito.<sup>31</sup>

O consentimento, como requisito para a realização dos exames de mapeamento genético é, inclusive, recomendação da Unesco, estando previsto na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, no seu artigo 8º<sup>32</sup>. Assim, nos países onde os testes genéticos têm-se difundido é necessário o consentimento prévio para que o indivíduo seja submetido ao *screening* genético, pois este é um meio eficaz no sentido de orientar as pessoas em relação às decisões reprodutivas ou mesmo para a adoção de cuidados com a saúde.

Por tudo quanto já trazido e correlacionando com o acesso e utilização dos dados genéticos dos empregados pelos empregadores, conclui-se que o acesso às informações genéticas de seus empregados não pode ser indiscriminado, porém pautado num aconselhamento genético. Assim, será possível uma melhor

---

<sup>31</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 158.

<sup>32</sup> Art. 8º - a) O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteômicos humanos ou de amostras biológicas, quer ela seja efectuada por métodos invasivos ou não-invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

redistribuição de funções e atividades, corroborando para o não desenvolvimento de uma possível patologia gênica, bem como não permitindo custos indenizatórios desnecessários a serem arcados pelos empregadores.

Ocorre que por ser a relação de emprego marcada pelo desequilíbrio entre as partes contratantes, a validade do consentimento do empregado fica comprometida. Como realmente saber se está concordando com o exame espontaneamente ou se está ameaçado, coagido pelo empregador, submetendo-se aos testes preditivos apenas para evitar a perda da fonte de sustento seu e de sua família?

Percebe-se, pois, o âmbito trabalhista como fértil terreno para abusos e desrespeitos a direitos fundamentais ao se buscar o inequívoco consentimento expresso pelo empregado para a realização dos testes genéticos. Afinal, o que está em jogo, muitas vezes, é a manutenção do seu próprio emprego.

## 2.5 REDUACIONISMO GENÉTICO

Também chamado de determinismo genético, reducionismo genético é uma concepção pseudocientífica que considera o ser humano mero produto da interação entre os seus genes. Acredita-se veementemente que os genes detêm a exclusividade na determinação do que o homem é, seja quanto às suas características biológicas, seja quanto às psicológicas. Essa concepção carrega a noção de que as variações em características como saúde e comportamento são explicadas primariamente pelos genes, com um papel muito pequeno atribuído ao ambiente.

Assim, comportamentos e características “reprováveis” seriam provocadas pela carga genética do indivíduo, e não pelo meio em que vive. Desta maneira, o homem é reduzido a simples fruto de um processo biológico determinado pela sua carga genética.

Ocorre que, em verdade, o homem é resultado de uma interação de fatos genéticos, sociais, culturais, ambientais – fatores exógenos -, visto que estes atuam sobre o ser humano e afetam sensivelmente a sua saúde e comportamento.<sup>33</sup>

Os genes são, portanto, importantes pela complexidade humana, porém não são os únicos responsáveis. Francisco Vieira Lima Neto inclusive ressalta a importância do “meio ambiente sobre os genes, visto que entre a porção de DNA (o gene) e sua manifestação no organismo (o fenótipo) há um extenso caminho biológico e ambiental a ser trilhado”<sup>34</sup>. Indica, inclusive, que nos anos 70 surgiu o termo “ecogenética”, como o ramo da biologia que estuda a interação entre fatores genéticos e ambientais, comprovando que essa interação já é conhecida há algum tempo.

Para exemplificar a não soberania dos genes da determinação do que o ser humano é, e relacionar com às doenças genéticas, para ilustração do presente trabalho, traz-se a doença denominada fenilcetonúria, caracterizada pelo retardo mental e que está associada a um gene. Esta é uma ocorrência de algumas das explicações interessantes que os geneticistas têm dado e que se contrapõem a ideia do reducionismo genético, na medida em que se descobriu, nos anos 70, que essa doença poderia ser tratada por meio da mudança na qualidade dos medicamentos que os portadores ingeriam, de forma tal que restou comprovado que “o aminoácido denominado fenilalanina, quando incorporado bem cedo e mantido na dieta da criança portadora do gene, tinha por consequência impedir que o retardo mental se manifestasse.”<sup>35</sup>

É, portanto, um erro acreditar na genetização, ou seja, em serem as informações genéticas únicas responsáveis pelas características biológicas e comportamentais humanas. Serão consequências desse pensamento errôneo o conformismo e a estagnação da espécie, pois ao se acreditar na exclusividade dos genes na determinação do que o ser humano é, não haverá propósito em procurar por melhoras comportamentais e biológicas, além de estagnar a ciência e as pesquisas envolvendo os genes. E como resultado final dessa cadeia de ideias equivocadas pode-se vislumbrar a tentativa de se reviver a eugenia.

---

<sup>33</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>35</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Por eugenia entende-se “os procedimentos capazes de melhorar a espécie humana”<sup>36</sup>. Foi Francis Galton quem, no século passado, definiu o termo *eugenics*, no Reino Unido, como “a ciência que trata de todos os fatores que melhoram as qualidades próprias da raça, incluídas as que desenvolvem de forma perfeita”<sup>37</sup>. Importante destacar a distinção em duas classes de eugenia, em função da finalidade a que ela se destina: a eugenia negativa, sendo destinada à eliminação de uma descendência não desejada, que padeça de malformações; a eugenia positiva, que visa selecionar algumas características fisiológicas desejadas para favorecer a transmissão desses caracteres.<sup>38</sup> A justificativa do pensamento eugênico sempre foi a proteção da espécie humana (ou sua sobrevivência) e a melhoria das condições sociais do ser humano e da coletividade.<sup>39</sup>

Ademais, percebe-se à discriminação de indivíduos em razão de suas características genéticas como mais um resultado do injusto e mentiroso determinismo genético. Sendo assim, o reducionismo acaba por atacar a personalidade, porque reduz “o ser humano a um objeto forjado na usina das predisposições”<sup>40</sup>, erro este que produziria nas pessoas a falaciosa ideia de que “os males não podem ser combatidos, os comportamentos estão previamente determinados, os fortes e os fracos estão dispostos e grupos estanques (...), e que tudo deve ser deixado como está porque essa é a vontade do deus DNA”.<sup>41</sup>

Para garantir que o ser humano não seja visto como um mero produto de seus genes, como um indivíduo que deva completa submissão a componentes químicos existentes no seu corpo, foi que a comunidade jurídica internacional editou uma série de regras que procuram impedir a discriminação genética, dentre elas a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da Unesco, onde no seu artigo 2º prevê a vedação expressa quanto à impossibilidade de classificação das pessoas com base somente em suas características genéticas, em razão de a Declaração supervalorizar a dignidade dos seres humanos, independente de suas

---

<sup>36</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBBCrim, 1999

<sup>37</sup> GALTON, Francis. *apud* CASABOBA, Carlos Maria Romeo, *loc. Cit*, 1999 p.170.

<sup>38</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

<sup>39</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. *Op. cit.* 1999.

<sup>40</sup> Lima Neto, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 176.

<sup>41</sup> *Ibidem*, *loc cit*.

características genéticas, sendo imperativo que os seres humanos não sejam reduzidos a elas.<sup>42</sup>

Na medida em que o reducionismo despersonaliza o homem, ele deve ser combatido, coadunando-se com o fato de não haver bases científicas que o ratifiquem, pois não é o homem fruto exclusivo dos genes, já que em grande proporções, somente expressam características humanas quando interagem com o ambiente.

Poder-se-ia, assim, substituir a expressão “determinismo genético” por “propensão genética”, “tendência genética” ou “influência genética”, visto que os genes estabelecem tendências humanas, que somente serão moldadas conforme as vicissitudes individuais.

## 2.6 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Discriminação genética é a forma de discriminação em razão da composição genética, em virtude de se apresentarem no genoma porções de DNA que revelam uma probabilidade de, em futuro incerto, manifestação de doenças ou comportamentos específicos, como rebeldia, alcoolismo, agressividade e dependência de drogas, por exemplo. É uma discriminação ainda que a pessoa não apresente sintomas da doença ou não manifeste esses comportamentos que poderiam ser deflagrados pelo gene, mas sim pela possibilidade de no futuro ser portador da doença e do comportamento, na medida em que os resultados dos exames genéticos são uma dúvida, no máximo uma probabilidade, e não uma certeza inquestionável. Ela é o meio para um reducionismo genético, como se o conteúdo genético das pessoas fosse o fator exclusivamente determinante pela complexidade de comportamentos humanos, sejam eles biológicos e/ou psicológicos.

A discriminação genética é conceituada por Francisco Vieira Lima Neto<sup>43</sup> como:

A conduta discriminatória, em geral por parte do estado ou de grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa

---

<sup>42</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

<sup>43</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.62.

humana, que passa a ser considerada exclusivamente como um objeto resultado da ação do conjunto de genes que possui, os quais têm a probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais.

Para Cristiano Guedes e Débora Diniz<sup>44</sup>, é um “neologismo que descreve um novo fenômeno sociológico e moral decorrente do avanço dos diagnósticos genéticos: a opressão sofrida pelas pessoas discriminadas por seu patrimônio genético”.

E como qualquer tipo de discriminação, os seus prejuízos são reais, sendo a discriminação genética capaz de elevar o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. É a possibilidade de as pessoas serem etiquetadas pelos genes.

### **2.6.1 Casos de incidência**

A partir do resultado dos testes que venham a mapear o genoma dos indivíduos, diversas são as áreas que podem se valer dessas informações para se beneficiar – ou, por outra visão que será discutida neste trabalho, não se prejudicar - e é justamente essa possibilidade que pode provocar conflito entre indivíduos e terceiros, cabendo ao Direito regular essas situações para impedir ou atenuar os seus efeitos.

Os casos de incidência da discriminação genética, ainda que pareça novo o tema, não são escassos; pelo contrário, várias são as áreas cotidianas que podem se valer das informações genéticas dos indivíduos e, por consequência, discriminar e selecionar as pessoas com base nessas informações. E haverá a discriminação somente por aquelas esferas que tenham possibilidade de acessar e se utilizarem do patrimônio genético dos indivíduos, visto não se tratar de dados perceptíveis pelo contato visual, ou disponíveis para qualquer um.

Pode-se constatar, sem muitas dificuldades, que é praticamente inesgotável o número de situações reais e algumas ainda hipotéticas que possam ensejar a prática da discriminação genética. Como exemplo, tem-se: as instituições de ensino, nas quais as escolas optariam por aceitar ou não crianças com propensão a

---

<sup>44</sup> GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **Rev. Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: PHYSIS, 2007, p. 501-520.

desenvolver determinadas doenças e/ou comportamentos indesejados, ou até mesmo selecionar aqueles que poderão nela se matricular, nos que poderão ser melhor instruídos e capacitados ; os planos de saúde, que selecionariam quem daria mais lucros à empresa, na medida em que possivelmente menos utilizariam os serviços médicos em razão da sua capacidade de saúde, ou estipulariam valores maiores em razão das eventuais patologias que podem ou não desencadear no futuro; os esportes, quando um clube esportivo venha a não convocar seus esportistas para às competições por razão de preconceito e temor quanto ao desencadeamento de uma doença prejudicial ao resultado desejado; em sede familiar, levando o Estado a impedir uniões com fundamento na probabilidade dos filhos de determinados casais serem portadores de enfermidades devido à combinação dos seus genes; nas atividades militares, se as Forças Militares dispensarem um recruta em razão de alguma doença que possa vir a desenvolver e com isso comprometer à defesa da Nação; as empresas de financiamento e empréstimo, que podem se recusar a fornecer um empréstimo a longo prazo àquele com potenciais problemas de saúde; o próprio Estado, que como devedor constitucional da prestação à saúde aos cidadãos, pode discricionariamente não se preocupar com crianças que teriam predisposição para morrer precocemente; as relações de emprego, se o empregador não optar por candidato ou não investir na qualificação daquele empregado com a predisposição para certas doenças.

Como relatado, são diversas as áreas de incidência da discriminação genética. E este trabalho de curso se valerá de uma das possibilidades de sua ocorrência, qual seja, a relação de emprego.

### **2.6.2 Tutela jurídica nacional**

Em nível federal, não existe até o momento, no direito positivo brasileiro, lei alguma que proteja a privacidade genética de forma específica, tendo a doutrina, como sempre mais adiantada do que o legislador, já se manifestado sobre a necessidade de proteção específica e eficiente quanto ao tema, conforme bibliografia utilizada. Este vácuo normativo existente deve ser preenchido em razão da dignidade da pessoa humana, do direito à privacidade e intimidade, vedando-se a difusão indevida da composição genética dos indivíduos.

Contudo, já existe em nível estadual, no estado do Rio de Janeiro, legislação específica no tocante à proteção de vários aspectos da privacidade genética. Trata-se da Lei nº 4.141/03, que dispõe acerca da confidencialidade dos dados genéticos daquele Estado, regulando uma série de questões relativas à privacidade genética e em especial, garantindo a impossibilidade de discriminação genética.

Com o fundamento de proteção à privacidade genética e a não discriminação genética, tramitam atualmente no Congresso Nacional vários projetos de lei que tratam de algumas manifestações da privacidade genética<sup>45</sup>. Dois merecem especial atenção e destaque: o projeto de Lei nº 231/2000, de autoria do Senador Juvêncio da Fonseca, que visa proibir a exigência de testes genéticos pelos planos de saúde<sup>46</sup> e o projeto de Lei nº 149/1997, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual criminaliza a discriminação genética, como um ilícito penal.<sup>47</sup>

Por mais que inexista proteção legislativa específica sobre o tema da discriminação genética no âmbito federal, não está o direito à privacidade genética e sua consequente discriminação genética totalmente desamparados no Brasil, visto que a situação atual permite uma interpretação evolutiva da Constituição e da legislação infraconstitucional efetiva às suas proteções.

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, mais dois projetos de Lei tramitam no Congresso Nacional, quais sejam, o Projeto de Lei nº 1.707/2007, do Deputado Lindomar Garçon, indicando o exame de DNA gratuito, nos hospitais públicos vinculados ao SUS, para identificação do pai biológico e o Projeto nº 7373, de autoria conjunta dos deputados Eduardo Jorge e Fábio Feldman, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde para coibir a exigência de realização de testes genéticos para detecção de doenças, conforme leciona Rodrigo Bernardes Dias.

<sup>46</sup> Este projeto de lei foi proposto em 23/10/2000, com o objetivo de adicionar à Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) um artigo com o seguinte teor: “14-A. É vedada a exigência de testes genéticos para detecção prévia de doença para o ingresso nos planos ou seguros privados de assistência à saúde”. O final do artigo demonstra justamente a intenção de vedar a sua utilização apenas para fins discriminatórios. O senador autor deste projeto entende que a finalidade desse exame decorre de uma necessidade médica, para tratamento de doença e objetivando o bem estar do examinado, e não servir como uma ferramenta para diminuição de custos das entidades de seguro e de assistência à saúde (LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008).

<sup>47</sup> O projeto de Lei nº 149/1997 coaduna com a fiel tradição brasileira de tratar as condutas discriminatórias como delitos da área criminal ao imputar ao agente pena privativa de liberdade. É entendimento do Senador Lúcio Alcântara que o “DNA não determina inexoravelmente o destino do indivíduo, mas interage com o meio ambiente, em uma combinação complexa de múltiplos fatores que geram a pessoa e seus comportamentos(...)”, neste processo complexo(...)”. Trata-se de uma iniciativa pioneira que está a compor o conjunto normativo penal.(LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008).



E, por analogia, também podem ser utilizados os institutos referentes ao sigilo das informações médicas às informações genéticas. Nesse sentido, afirma Rodrigo Bernardes Dias<sup>48</sup> que:

a garantia da preservação do sigilo médico, respeitando a confidencialidade e a privacidade do seu paciente, é um dever, *prima facie*, imposto ética (Código de Ética Médica, art. 102)<sup>49</sup>, civil (Código Civil, art. 229, I)<sup>50</sup> e penalmente (Código penal, arts. 154)<sup>51</sup>.

Constata-se, pois, que a legislação brasileira está muito aquém das exigências impostas e que é grande a falibilidade das normas deontológicas e bioéticas análoga e subsidiariamente utilizadas, haja vista a inexistência de coerção necessária que somente será encontrada na edição de normas legais.

Todavia, o Poder Judiciário brasileiro será demandado com casos concretos que dependam de uma regulamentação específica ainda inexistente no cenário nacional. E, nestes casos, caberá ao juiz utilizar a lei existente, com base nos princípios da analogia, quando aplicável, e da equidade, considerando que cabe ao Magistrado aplicar a lei à nova realidade, com o objetivo de conformá-la aos fatos para minorar o sempre existente afastamento entre eles.

### 2.6.3 Cenário Internacional

Diante da realidade social e com intuito de coibir a discriminação genética, o cenário internacional já se mostrou diligente com a Declaração Universal da Unesco sobre Genoma Humano e Direitos Humanos<sup>52</sup>, no seu artigo 6º, o qual prescreve que “ninguém poderá ser objeto de discriminação fundada em suas características genéticas, cujo objeto ou efeitos seria atentar contra seus direitos humanos e

<sup>48</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 226.

<sup>49</sup> Artigo 102 - “É vedado ao médico revelar o fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”.

<sup>50</sup> Artigo 229, I - “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo(...)”.

<sup>51</sup> Artigo 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena – detenção, de 3(três) meses a 1(um) ano, ou multa.

<sup>52</sup> UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade”, bem como na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, no seu artigo 7º<sup>53</sup>.

Levando-se em conta o fato de que as nações desenvolvidas são as que mais investem e produzem pesquisas genéticas, são elas, por consequência direta, as que mais realizam teste genéticos preditivos atualmente. E por isso foram os Estados Unidos e a Europa que primeiro legislaram o uso de testes genéticos, objetivando, dentre outras regulamentações, a coibição de prática de discriminação genética. Em capítulo próprio, serão realizadas as análises dessas legislações.

Por conta do Brasil ainda não ter regulamentação específica sobre o tema da discriminação genética, tampouco julgados relevantes apreciados sobre a matéria nos Tribunais, é relevante o estudo, ainda que superficialmente, de como os testes genéticos e sua utilização são disciplinados em outros países. Essa análise é necessária, pois ainda que sejam realidades sociais diferentes, a experiência internacional pode servir como norte, parâmetro adequado para o enfrentamento dessas questões.

Como o foco deste trabalho é a discriminação genética nas relações de emprego, em capítulo específico será analisado o tratamento legislativo de alguns países à proibição da discriminação genética especificamente quanto às relações de emprego.

Este segundo capítulo se propôs a analisar e compreender todos os aspectos relacionados à genética considerados imprescindíveis para entendimento deste trabalho de conclusão de curso. Após claras conceituações, contextualização histórica, explicações de elementos essenciais e tutelas jurídicas internacionais, tem-se a sua finalização. Passa-se, agora, ao estudo dos aspectos trabalhistas necessários para melhor entendimento da discriminação genética nas relações de trabalho.

---

<sup>53</sup> Artigo 7º - Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades

### **3 ASPECTOS TRABALHISTAS ESSENCIAIS PARA COMPREENSÃO DA DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Este trabalho de conclusão de curso apresenta-se com tema central voltado para duas áreas que aparentemente não possuem correlação: genética e direito trabalhista. Para que se possa adentrar no mérito do tema questionado, é necessário trazer conceitos e premissas das duas áreas envolvidas, razão pela qual os dois primeiros capítulos trataram dos aspectos referentes às duas searas, e no terceiro haverá a conexão entre elas.

Após suficiente explanação das premissas necessárias ao entendimento do aspecto genético que envolve o tema, passa-se, agora, a analisar a matéria trabalhista imprescindível à compreensão e conclusão do objeto de pesquisa.

#### **3.1 RELAÇÃO DE EMPREGO**

Para a legislação trabalhista brasileira, há uma importante diferença entre relação de trabalho e relação de emprego. E tal distinção se faz necessária neste momento, na medida em que se trata da discriminação genética especificamente nas relações de emprego, e não nas de trabalho. Algumas características da relação de emprego, como a subordinação, que serão posteriormente analisadas, são fundamento e amparo do poder diretivo do empregador, este que por sua relevância para a compreensão do estudo, merecerá um capítulo exclusivo.

##### **3.1.1 Conceito e distinção entre relação de trabalho**

Para Mauricio Godinho Delgado<sup>54</sup> a expressão relação de trabalho tem caráter genérico, visto que engloba todas as relações jurídicas que têm sua prestação essencial concentrada em uma obrigação de fazer materializada em labor humano. Ou seja, diz respeito à relação de emprego, à relação de trabalho autônomo, à

---

<sup>54</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009

relação de trabalho eventual, à relação de trabalho avulso, e muitas outras formas de pactuação de prestação de labor, como atividade de estágio, trabalho voluntário e etc; Enquanto que a relação de emprego seria apenas uma dessas modalidades, um tipo legal único, com características inconfundíveis com as demais modalidades, no que pese ser a mais relevante do ponto de vista econômico-social.

Alice Monteiro de Barros<sup>55</sup> também é clara e enfática quanto à distinção entre essas duas relações, primeiramente trazendo a ideia de “contrato de atividade”, para designar que todos os contratos nos quais a atividade pessoal de uma das partes constitui objeto da convenção ou uma das obrigações que ela comporta, e que, dessa forma, os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, sendo a relação de emprego apenas uma das suas espécies.

José Augusto Rodrigues Pinto<sup>56</sup> informa que o gênero trabalhador pode ser conceituado como “aquele que utiliza a energia pessoal, em proveito próprio ou alheio, visando a resultado determinado, econômico ou não”. Sabe-se que o empregado também se enquadra nessa conceituação, agregando, porém, outros requisitos que o especifica dentro deste gênero.

Inclusive não é a Consolidação das Leis Trabalhistas aplicada a todo trabalhador, mas apenas a uma de suas espécies, qual seja justamente ao empregado. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>57</sup> também ensinam que há outros tipos de trabalhadores e que estes não estão incluídos no conceito de empregado e, por consequência disso, não têm seus direitos regulados pela CLT, já que a consolidação somente alcança os trabalhadores que se enquadram no conceito de empregado, sendo imprescindível para tanto que os requisitos da espécie estejam presentes.

Resta evidente, portanto, que existem relações de trabalho *lato sensu* que não se confundem com a relação de emprego, considerada relação de trabalho *stricto sensu*, e assim sendo, possui tratamento e proteção legislativa distintas.

Ao término da análise dos requisitos para a identificação da espécie empregado, especificamente da subordinação, não restará dúvidas do motivo pelo qual foi

---

<sup>55</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

<sup>56</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007, p. 117.

<sup>57</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

escolhido o estudo da discriminação genética nas relações de emprego. É pautado nessas características que se expressará o poder diretivo do empregador, que é um fator determinante para a possibilidade da imposição ou não de testes genéticos nas relações de emprego.

### 3.1.2 Sujeitos típicos da relação de emprego

Já compreendido que relação de emprego não se confunde com relação de trabalho, importante agora trazer os sujeitos envolvidos nessa relação, conceituando-os e caracterizando-os. Eles são, de um lado, o empregado e, do outro, o empregador.

#### 3.1.2.1 Empregado

Uma das figuras necessárias para toda e qualquer relação de emprego é a o empregado. O seu conceito é trazido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no seu art. 3º<sup>58</sup>, sendo necessário, contudo, algumas explicações doutrinárias acerca de seus elementos constitutivos:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

De acordo com Alice Monteiro de Barros<sup>59</sup> os principais elementos da relação de emprego são:

a) a pessoalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalidade, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.

Para Mauricio Godinho Delgado<sup>60</sup> além dessas quatro características da relação de emprego, ainda há mais uma que a identifica inconfundivelmente, qual seja ser o trabalho obrigatoriamente exercido por pessoa física.

<sup>58</sup> Brasil. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2012.

<sup>59</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012, p.173.

<sup>60</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2006.

Luciano Martinez<sup>61</sup> elenca os cinco elementos por ele considerados caracterizadores da relação de emprego e que devem sempre coexistir, que são a pessoalidade, a onerosidade, a não assunção pelo prestador dos riscos da atividade do tomador de serviços, a duração contínua ou não eventual e a subordinação,.

A Constituição Federal, bem como a CLT, traz uma proteção e regulamentação especial para esse tipo de trabalhador. Portanto, se um desses elementos não restar efetivado no plano fático, não será comprovada a relação de emprego, e com isso, não serão garantidos os direitos e benefícios como se empregado fosse. Necessário se fará verificar qual a relação de trabalho constatada, para que esta seja regida e regulamentada por legislação específica.

O primeiro pressuposto para a caracterização da relação de emprego é a pessoalidade, prevista na parte final do art. 2º da CLT. Esse requisito encontra congruência justamente com o fato do contrato de trabalho ser *intuitu personae*, que significa que seja com pessoa certa, específica. A contratação de um empregado leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões, gerando uma ideia de intransferibilidade, pois somente uma específica pessoa física, e somente ela, pode prestar o serviço ajustado, não podendo ser substituída por outro no exercício de suas atividades, sob pena de caracterização de outro ajuste contratual diverso que não o contrato de emprego<sup>62</sup>.

É por isso que Alice Monteiro de Barros<sup>63</sup> diz que o empregado deve realizar as suas atividades sem se substituir, excetuando-se, contudo, a situação de caráter esporádico, e ainda assim, se com a aquiescência do empregador. Esse pressuposto mostra ser o empregado insubstituível nas suas atribuições como tal, não podendo ele deixar de trabalhar e se fazer representar por um terceiro, ainda que este possua características semelhantes e competência equivalente, sob pena de desnaturar a relação empregatícia<sup>64</sup>. É excluída qualquer espécie de delegação.

O segundo requisito para que reste comprovada a relação de emprego é a onerosidade, ou seja, o recebimento de salário. Para Hugo Bernardes Gueiros<sup>65</sup>, é

---

<sup>61</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

<sup>64</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>65</sup> BERNARDES, Hugo Gueiro. **Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1989, v.01.

óbvio ser o contrato de trabalho oneroso, na medida em que este possui caráter sintagmático e comutativo, não podendo ser, portanto, à título gratuito.

É em razão do salário que o empregado deposita sua força de trabalho à disposição do empregador. Representa ele a contraprestação devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, que pode ser tanto em dinheiro, que é o mais comum e usual, e também *in natura*, como com alimentação e habitação, por exemplo.

A terceira característica é a não assunção dos riscos da atividade patronal, também chamada de alteridade. Esse é um pressuposto, inclusive, que faz parte, a contrário *sensu*<sup>66</sup>, do conceito de empregador, como será visto adiante. Significa que o empregado está alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica do empregador ou do seu empreendimento, já que o emprego é uma forma de trabalho prestado por conta alheia.<sup>67</sup>

A duração continuada ou não eventual é o quarto requisito. Por esta, entende-se a continuidade dos serviços prestados. “ Neste particular, torna-se difícil quantificar o que venha a ser não-eventualidade”<sup>68</sup>, pois não se exige que o serviço seja prestado todo dia ou que a repetição semanal se dê aos mesmos dias e horários. A relação empregatícia para assim se caracterizar deve ser exercida de modo constante. Observa-se, contudo, que o legislador não se utilizou da expressão “continuidade”, razão pela qual Alice Monteiro de Barros<sup>69</sup> explica:

Logo, mesmo que descontínuo, isto é, intermitente, o serviço executado pelo empregado poderá ser de natureza não eventual. Basta para isso que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador.

Assim, para que um trabalho seja considerado não eventual, de antemão já se sabe que estes serviços serão prestados em determinado dia, por determinada pessoa e que a sua ausência acarretará prejuízos, de modo a criar expectativa em ambas as partes daquela prestação.<sup>70</sup>

E o último elemento caracterizador da relação empregatícia é a subordinação, remetendo, assim, o caráter de dependência que possui o empregado para com o

---

<sup>66</sup> Não são todos os doutrinadores trabalhistas que elencam a não assunção dos riscos da atividade patronal como elemento essencial para configuração da relação de empregado, mas sim como accidental. Porém Luciano Martinez entende que ele é elemento essencial.

<sup>67</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>68</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

<sup>69</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 209.

<sup>70</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Op cit*, 2007.

empregador. Essa dependência deve ser entendida pelo ponto de vista disciplinar, hierárquico, visto que o empregador detém o poder de comando, dirigindo a prestação de serviço como bem entender. Esse seu poder se materializa pela prerrogativa de dar ordens ao empregado, dizer como, quando e o que este deve fazer. É claro que a legislação trabalhista se pôs a limitar esse poder diretivo do empregador, para evitar abusos perante o empregado, que como já explicado, sempre se mostrará a subordinação hierárquica do seu patrão.<sup>71</sup>

No plano jurídico, a subordinação é uma situação que limita a ampla autonomia da vontade do prestador de serviços.

A subordinação, para Vólia Cassar<sup>72</sup> é o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador que dizem respeito ao contrato de trabalho e suas funções, desde que tais sejam legais e não abusivas.

Para Amauri Mascarenhas Nascimento<sup>73</sup>, a definição dessa subordinação pode ser expressada como:

Uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

E é justamente esse poder de direção, de controle, comando e escolha do empregador que será objeto específico de um capítulo deste trabalho, visto a sua importância para a compreensão do estudo. Portanto, a característica da subordinação é de vital importância, na medida em que é ela o fundamento para o poder diretivo do empregador.

### 3.1.2.2 Empregador

Para a existência do contrato de trabalho, imprescindível se faz a presença do empregador. Este contrato tem caráter bilateral, assim entendido porque ambas as partes possuem obrigações para com a outra.

---

<sup>71</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

<sup>72</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

<sup>73</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 625



O legislador também se preocupou em conceituar esse sujeito da relação de emprego, apesar de ser este mais abrangente, como restará demonstrado. O artigo 2º da CLT diz que “ considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”<sup>74</sup>

Para a concepção jurídica, empresa é a atividade exercida pelo empresário, sendo, pois, a atividade organizada para a produção ou circulação de bens e serviços de mercado, com o fito de lucro<sup>75</sup>. Este conceito não é essencial ao Direito do trabalho, porém ao Direito Comercial, sendo mencionado por esta área para desenvolver o conceito de empregador.

Há uma crítica acerca dessa definição trazida pela CLT, porque o empregador não é a empresa<sup>76</sup>, visto que ela é ente que não configura sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Assim, empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento.

Essa atecnia celetista, contudo, ao conceituar empregador como empresa possui um fundamento bastante relevante, qual seja que a alteração do titular da empresa não terá grande importância na continuidade da situação objetiva contratual<sup>77</sup>. Luciano Martinez leciona nesse sentido, ao explicar que os artigos 10<sup>78</sup> e 448<sup>79</sup> da CLT caracterizam uma situação de despersonalização empresarial, sendo minimamente relevante para o contrato de emprego as alterações estruturais ou na propriedade da empresa. Essas alterações podem ser praticadas sem que nada afetem os contratos de emprego em curso ou os direitos adquiridos pelos empregados. Ou seja, a existência do empreendimento não está condicionada à de nenhum dos seus empreendedores, pessoas físicas.<sup>80</sup>

Diferentemente do que ocorre para a caracterização do empregado, o qual se mostra a partir da coexistência de cinco elementos fáticos-jurídicos, o empregador é

---

<sup>74</sup> Brasil. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2012.

<sup>75</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009

<sup>76</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2009

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Art. 10 da CLT – Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

<sup>79</sup> Art. 448 da CLT – A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará ps contratos de trabalho dos respectivos empregados.

<sup>80</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

um conceito, por sua vez, relacional, consoante se infere desta passagem:

a sua caracterização importa na simples apreensão e identificação dos elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego, aduzindo-se que o tipo legal do empregador estará cumprido por aquele que se postar no polo passivo da relação empregatícia formada<sup>81</sup>

É, portanto, um conceito reflexo, pois se chegará a sua figura por meio do empregado, independente da estrutura jurídica que tiver. Diz Amauri Nascimento<sup>82</sup> que “será empregador todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados”.

Ademais, empresa e empregador guardam entre si uma relação de gênero e espécie, visto ser empregador uma qualificação jurídica ampla, e a empresa apenas uma das formas, em verdade, a principal dessas qualificações, ao lado de outras muitas que abrangem instituições sem fins lucrativos, que são niveladas pela Lei para fim de relação de emprego, bem como outras, não sendo este rol taxativo, porém, exemplificativo.

Cuidou o legislador, ainda, no parágrafo 1º do artigo em comento<sup>83</sup>, de equiparar, para fins de relação de emprego, à empresa aos profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que venham a admitir empregados.<sup>84</sup>

E desta forma restou protegido aquele que se submete à trabalhos perante terceiros que não são organizados empresarialmente, havendo, assim, uma equiparação expressa à empresa.

Ainda que não hajam requisitos expressos para a identificação da figura do empregador, diferentemente do que ocorre para com o empregado, há uma ideia que não pode se desvincular deste contexto, qual seja, a assunção dos riscos da atividade econômica. Esse é, pois, um efeito jurídico do contrato de trabalho.

Assim sendo, “resultam vedados quaisquer atos que impliquem onerar o empregado

---

<sup>81</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Op cit*, p. 373.

<sup>82</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 640.

<sup>83</sup> Brasil. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2012

<sup>84</sup> Artgjo 2º, § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

com consequência de revés sofrido pela empresa”<sup>85</sup>. Então, é devido apenas ao empregador assumir direta e integralmente os riscos da sua atividade econômica.

Esta é a chamada “alteridade”, que possui sua denominação na junção dos vocábulos *alter*, que significa outro, com *dade*, que significa qualidade, ou seja, é a qualidade do outro ou que está no outro<sup>86</sup>.

Mauricio Godinho Delgado<sup>87</sup> define essa assunção do empreendimento ou do trabalho como sendo:

A circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado.

Em assim sendo, são transferidos a uma única das partes envolvidas no contrato de trabalho – ao empregador, todos os riscos a ele inerente e sobre ele incidente, não sendo autorizada a distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados.

Em contrapartida a esse efeito da assunção dos riscos integralmente pelo empregador, confere-lhe a lei o poder de comando, que consiste na faculdade do empregador em dar ordens ao empregado; cabe àquele decidir sobre todas as várias questões que venham a ocorrer no desenvolvimento da relação entre ambos.<sup>88</sup>

Esse poder, contudo, encontra limites na impossibilidade de que, pelo seu exercício, advenham prejuízos ao empregado. É através deste poder que se evidencia a subordinação hierárquica do empregado ao empregador, conferindo, a lei, o poder disciplinar ao empregador, de modo a permitir que este decida qual a função do empregado, quando, onde e como o mesmo deverá exercê-lo.

É no poder de comando do empregador que reside, pois, o desequilíbrio da relação que se estabelece entre as partes na relação de emprego. E é exatamente por essa razão que o empregado recebe exacerbada proteção legal. É o que se verá no tópico subsequente.

---

<sup>85</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.82.

<sup>86</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2009

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 374

<sup>88</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira, *Op.cit*, 2007.

### 3.2 PODER DIRETIVO/DE CONTROLE DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador, também chamado de poder empregatício, de comando ou de direção é a faculdade atribuída ao empregador de delimitar o modo como a atividade do empregado deve ser exercida. Ou seja, é a prerrogativa dada ao empregador para exigir determinados comportamentos dos seus empregados, esses lícitos, com a intenção de alcançar objetivos preestabelecidos.

Esse poder decorre da subordinação, elemento caracterizador e imprescindível de qualquer relação de emprego. Como analisa Amauri Mascarenhas Nascimento<sup>89</sup>, é a subordinação um lado, e o poder diretivo o outro lado da moeda.

O poder empregatício é um dos mais importantes efeitos próprios do contrato de emprego. Seu fundamento se encontra no art. 2º da CLT, na definição de empregador, visto ser este quem dirige as atividades do empregado. Esse poder concentra um conjunto de prerrogativas que favorecem, em regra, a figura do empregador, de modo a conferir-lhe enorme influência no âmbito do contrato.<sup>90</sup>

O poder empregatício manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização (de comando), o poder de controle (de fiscalização) e o poder disciplinar.

O poder de organização, também chamado de poder de comando, diz respeito “às normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado e que são expendidas por mero contato verbal, individual ou geral, ou por comunicados escritos, avisos, memorandos, portarias, etc”<sup>91</sup>. É essa variação do poder diretivo que possibilita que o empregador expeça comando que oriente o modo como o serviço deve ser executado. Esse poder decorre, inclusive, do direito de propriedade que possui o empregador. É dentro desse poder que se encontra a possibilidade de o empregador regulamentar o trabalho, elaborando o regulamento interno da empresa.

Quanto à segunda variável do poder diretivo, qual seja, o poder disciplinar, este se traduz como “o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a

---

<sup>89</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>90</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009

<sup>91</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. *Op cit*, 2009, p 661.

propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”<sup>92</sup>. É ele que possibilita que o empregado transgressor das ordens e comandos do empregador seja, dentro dos limites da lei, apenado.

Tem o empregador poder de determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidade ao empregado. Portanto, o empregado deve ater-se à disciplina e respeito a seu empregador, salvo se essas ordens forem ilegais ou imorais. São modalidades punitivas: as advertências (verbal e oral), a suspensão disciplinar e a dissolução contratual por justo motivo.

No que diz respeito ao poder de controle, também chamado de poder de fiscalização, essa é a vertente do poder diretivo que merece maior atenção neste trabalho. Ele é definido como:

o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetiva ao longo do espaço empresarial interno<sup>93</sup>.

O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. São expressões da fiscalização o controle de horário e frequência, as revistas, o circuito interno de câmeras e microfones, as prestações de contas, o controle de qualidade da produção do empregador e monitoramento de e-mails corporativos.

Esse poder estende-se não apenas ao modo como o trabalho é executado, mas também ao comportamento do trabalhador, e suas informações que possam influenciar, de alguma forma, a produtividade do empregado.

Percebe-se, assim, que este é o fundamento jurídico para que o empregador conheça e se utiliza de dados do empregado, na medida em que tais dados possam influenciar, de alguma forma, a produção empresarial.

E a grande questão deste trabalho refere-se à possibilidade do empregador ter acesso e utilização dos dados genéticos de seus empregados quando alegado que estes são relevantes e influentes à empresa.

---

<sup>92</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 596.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 594.

Neste momento apenas se informa esse poder de controle, de fiscalização, caracterizando-o, para que em capítulo específico seja esclarecida a dúvida suscitada, já com bases conceituais estabelecidas.

Embora o poder de controle do empregador seja lícito e legítimo, não se pode olvidar que, assim como qualquer direito, ele não é absoluto, pois encontra limites para o seu exercício nos direitos alheios, especificamente nos direitos do empregados.

O sistema jurídico brasileiro ainda não é claro e preciso quanto à limitação do poder de fiscalização do empregador, utilizando-se de regras e princípios gerais capazes, apenas, de orientar o operador jurídico em situações concretas. É verdade que essa limitação, ainda que insuficiente, cria uma inegável barreira ao exercício daquele poder, caracterizando como ilegais as medidas que venham a agredir ou cercear a liberdade e a dignidade da pessoa do empregado.

A contraposição a esse poder é o direito de resistência do empregado, considerado, inclusive, como parte integrante do poder empregatício<sup>94</sup>, pois não é o empregado obrigado a acatar ordens ilícitas pelo empregador no ambiente de trabalho. Apesar de na prática não seja exercido o *jus resistentiae* no contexto empregatício, é importante que ele seja mencionado, na medida em que corrobora com o fato de não ser o poder diretivo absoluto.

Podem-se elencar dois tipos de limitadores expressos para esse poder: os externos, impostos pela Constituição, pela CLT, por outras leis, pelo contrato, pelas normas coletivas; e os internos, impostos pela boa-fé e pelo exercício regular de um direito.

Ocorre que em muitas situações nas quais se sustenta que a fiscalização do trabalho e do trabalhador se pauta na propriedade privada da empresa, há lesão a direitos fundamentais do empregado, como à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra, à moral, à dignidade. E é aí que se mostra a colisão de direitos do empregado e do empregador, devendo existir uma ponderação adequada e proporcional.

Desta forma, deve sempre o empregador tomar cuidado quanto à forma de controle que fará uso para a assunção dos riscos de sua atividade econômica, para que esta não seja vexatória, não exponha o empregado, nem tampouco utilize dados

---

<sup>94</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009

personais desnecessária e desarrazoadamente, no que pese ser devido e legalmente protegido o seu âmbito de proteção à propriedade privada.

Não há dúvida de que o poder diretivo, especialmente o de controle, encontra óbices na exacerbada proteção legal dado ao empregado, assim como à pessoa humana, com foco à sua liberdade e dignidade básicas como pessoa e trabalhador, sendo os princípios constitucionais os maiores protetores legais frente à aplicação inadequada deste poder de controle.

Carece a legislação trabalhista brasileira, contudo, de preceitos suficientes para a imposição de limites ao poder fiscalizatório empresarial, necessitando utilizar-se, assim, de regras e princípios gerais capazes de orientar o operador jurídico em face de certas situações que extrapolem a razoabilidade ao poder de controle.

E como exemplo desses princípios limitadores do poder fiscalizatório, os mais evidentes são os que se encontram expresso na Constituição Federal de 1988, como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como os seus artigos que declaram ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material e moral decorrentes de sua violação.

Especificamente ao trabalho ora apresentado, o acesso e a utilização de dados genéticos dos empregados, baseado no poder diretivo do empregador, choca-se e encontra limite no direito fundamental da intimidade e da igualdade, como será melhor discutido e analisado em abordagem posterior.

### 3.3 EXAMES ADMITIDOS NO DIREITO DO TRABALHO

Durante todo o contrato de trabalho, desde a contratação à demissão do empregado, as empresas são obrigadas a realizarem vários exames médicos em seus funcionários, com o objetivo de analisar o estado de saúde que eles apresentam e diagnosticar a possibilidade de desencadear algum tipo de doença, profissional ou não, ou qualquer outro quadro clínico.

Estes exames integram o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), que tem como função prevenir e diagnosticar precocemente os prejuízos

à saúde relacionados ao trabalho e também de detectar a existência de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde do trabalhador. Ao serem percebidos fatores que possam desencadear doenças, ainda que não profissionais, os serviços médicos que realizam os exames deverão indicar às empresas a adoção das medidas cabíveis ao controle de risco no ambiente de trabalho, encaminhando, em seguida, o trabalhador para tratamento.<sup>95</sup>

O art. 168 da CLT traz os cinco exames médicos obrigatórios nas relações de empregos: o admissional, o demissional, o periódico, o de retorno ao trabalho e o de mudança de função.

Além dos cinco exames obrigatórios já citados, o parágrafo 2º do art 168 da CLT possibilita que testes complementares sejam realizados a critério do médico, para apurar a capacidade ou aptidão física ou mental do empregado para a função que deva exercer.

Este capítulo tem como objetivo analisar se o teste genético pode ser enquadrado como um desses testes obrigatórios previstos pela Lei trabalhista, ou nos complementares permitidos pela CLT, levando-se em consideração suas características fundamentais, visto que ele não está previsto em nenhuma lei.

A NR-7 do Ministério do Trabalho e Emprego estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação do PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, por todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, para promover e preservar a saúde de todos os seus trabalhadores<sup>96</sup>.

Objetivando conhecer os conteúdos e finalidades desses exames, serão eles aqui definidos, observando se o teste genético do empregado pode ser considerado ou não integrante do PCMSO.

---

<sup>95</sup> ARAUJO, Antônio Castro Alves de. **Seleção pelo DNA**: discriminação genética é uma ameaça ao trabalho. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>96</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011..



### 3.3.1 Exames médicos obrigatórios do art. 168 da CLT

O exame admissional, previsto no art. 168, I, da CLT, assim como na letra “a” do item 7.4.1 da NR 07<sup>97</sup>, é o exame médico obrigatório no empregado, e que deve ser realizado antes que este assuma suas atividades, no ingresso do trabalho na empresa. Esse exame, com efeito, preserva os empregados, visto que impede o seu ingresso na atividade se sua saúde não estiver compatível para tanto. Exatamente porque a norma tem como previsão que o exame tem que ser realizado antes mesmo que o eventual empregado inicie suas atividades na empresa, para que se evite, assim, qualquer prejuízo ao seu bem estar.

O exame de mudança funcional, previsto no item 7.4.1, “d”, NR 7, também deve ser feito antes da efetiva mudança de função, para que o empregado não seja transferido ao exercício de uma atividade para a qual não possui condições físicas/psicológicas de fazê-lo.

Já o exame periódico, conforme o art. 168, CLT combinado com o item 7.4.1, “b”, NR 7, é feito durante a permanência do empregado no trabalho, de tempos em tempos, para saber se no mesmo desencadearam ou agravaram algumas doenças ocupacionais, ou para se poder acompanhar suas possíveis doenças crônicas. Assim, são estabelecidos prazos legais diferenciados para a realização de *check up* médicos, de acordo com o grau de possibilidade dos empregados ficarem doentes.<sup>98</sup> É cristalino que a periodicidade desses exames tem intenção de resguardar a saúde dos empregados, pois assim ele tende a não desenvolver ou agravar alguma doença.

No que diz respeito ao exame médico de retorno ao trabalho, contido do item 7.4.1,

---

<sup>97</sup> Segundo a NR 7 – Norma regulamentadora, em conformidade com o programa de controle médico de saúde ocupacional - prescreve, no seu item 7.4.1, que o PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos: a) admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

<sup>98</sup> Afirma a NR 7, em seu item 7.4.3.2, que o exame periódico deve estar “de acordo com os intervalos mínimos de tempo abaixo discriminados: a) para trabalhadores expostos a riscos ou a situações de trabalho que impliquem o desencadeamento ou agravamento de doença ocupacional, ou, ainda, para aqueles que sejam portadores de doenças crônicas, os exames deverão ser repetidos: a.1) a cada ano ou a intervalos menores, a critério do médico encarregado, ou se notificado pelo médico agente da inspeção do trabalho, ou, ainda, como resultado de negociação coletiva de trabalho; a.2) de acordo com a periodicidade especificada no Anexo nº 6 da NR 15, para os trabalhadores expostos a condições hiperbáricas; b) para os demais trabalhadores: b.1) anual, quando menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 45 (quarenta e cinco) anos de idade; b.2) a cada dois anos, para os trabalhadores entre 18 (dezoito) anos e 45 (quarenta e cinco) anos de idade.

“c”, NR 7, ele se destina aquele empregado que volta ao exercício empregatício depois de permanecer afastado por tempo igual ou superior a trinta dias, por motivo de doença, acidente ou parto. Esse exame visa que o afastado ao retornar do auxílio-doença ou licença maternidade esteja completamente apto, recuperado dos motivos do afastamento. Inclusive esse exame deve ser realizado no exato dia de retorno do empregado ao serviço.

E, para finalizar, o art. 168, II, CLT e o item 7.4.1, “e”, NR 7 trazem que o exame médico demissional é aquele realizado no término do ajuste contratual, para que seja verificado o estado de saúde do empregado quando do seu desligamento com a empresa.

Os cinco exames aqui trazidos são avaliações clínicas, os quais se expressam pela anamnese do empregado, exames físicos, mentais e comportamentais, devendo o médico emitir duas vias de Atestado de Saúde Ocupacional, arquivando-se uma, que se destina à fiscalização do trabalho, e outra que deve ser entregue ao empregado.<sup>99</sup>

Restou evidenciado que a finalidade desses exames impostos pelo art. 168 da CLT ao empregador é, especificamente, a proteção e preservação da saúde e do bem-estar dos empregados, ratificando o exacerbado cunho protecionista da legislação trabalhista brasileira. As análises medicas servem, precipuamente, à proteção dos empregados e não para a avaliação de sua produtividade dentro da empresa ou para potencializar sua contrapartida ao empregador.

Posição contrária possui Francisco Lima Neto<sup>100</sup>, que entende ser direito do empregador, a partir dos resultados de tais exames, baseando-se no direito Constitucional à propriedade, optar por recrutar ou continuar com aquele (eventual) empregado se ele não se mostrar apto para oferecer a contrapartida compatível com o salário ofertado, como se fosse uma doação e não um pacto laboral. No que pese a opinião do ilustre autor citado, o caráter extremamente protetor voltado ao empregado na legislação trabalhista brasileira não se coaduna com aquela, sendo

---

<sup>99</sup> Nesse sentido, preceitua o item 7.4.2 da NR 7 que os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem: a) avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental; b) exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos nesta NR e seus anexos. Ademais, o item 7.4.4 diz que para cada exame médico realizado, previsto no item 7.4.1, o médico emitirá o Atestado de Saúde Ocupacional - ASO, em 2 (duas) vias.

<sup>100</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

manifesta a intenção de proteger o empregado e não o empregador, pois de fato não é finalidade desses exames que o empregador deles se beneficie para escolher o mais bem capacitado ao exercício de tarefas dentro do setor privado. Ratifica esta ideia o fato de serem os exames uma obrigação e não uma faculdade ao empregador, razão pela qual o seu resultado não é uma possibilidade ao empregador e sim uma vinculação, pois não atende ao interesse público que pessoas trabalhem para ficar doentes ou prejudicadas.<sup>101</sup>

Corroborando com essa posição, o próprio nome dado ao título da seção em que o legislador incluiu o art. 168 da CLT – “das medidas preventivas de medicina do trabalho” - e do primeiro item da NR 7<sup>102</sup>, percebe-se o objetivo de preservar o empregado, e não o empregador.

### **3.3.2 O não enquadramento do teste genético dentre os determinados pelo art. 168 da CLT**

Com a análise e conceitos trazidos acerca dos exames médicos obrigatórios da relação empregatícia do art. 168 da CLT, examina-se, neste momento, se os testes genéticos que são utilizados pelo empregador a fim de acessar às informações genéticas de seus funcionários poderiam ser enquadrados dentre aqueles impostos pela lei trabalhista.

E com o fundamento na finalidade e no conteúdo daqueles testes, conforme análise realizada no tópico anterior, pode-se afirmar que os testes genéticos não podem se enquadrar nas hipóteses elencadas. Os exames médicos realizados no ambiente de trabalho visam promover e preservar a saúde das pessoas ao diagnosticar as doenças e ao buscar tratá-las, e não simplesmente para ajudar a sua prevenção.

É válido dizer que não têm os testes genéticos aquelas finalidades, pois não se propõem a diagnosticar doenças, porém apenas identificar a sequência de genes, avaliando chances, probabilidades, e não certezas. O impacto que a notícia de um

---

<sup>101</sup> LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2003.

<sup>102</sup> Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

exame genético pode produzir é, com efeito, até danosa do ponto de vista emocional ao empregado.

É devido ao fato de os testes genéticos trabalharem com questões de risco e probabilidade que eles não se enquadram nos exames do art.168 da CLT, na medida em que não *constituem check ups* que diagnosticam doenças e tratamentos, pois não realizam diagnóstico. E, em uma análise mais subjetiva, se os exames determinados em lei visam proteger o empregado, no que diz respeito ao seu bem-estar, os testes genéticos estão bem aquém disso, na medida em que podem gerar angústia e sofrimento aos portadores de dados genéticos maléficos, capazes de se manifestarem no futuro.

Para finalizar este tópico, mais um fator que deve ser observado é o dever de sigilo médico, imposto pelo parágrafo 5º do art. 168<sup>103</sup>, bem como o código de ética da Medicina<sup>104</sup>, que impõem ao médico do PCMSO o não fornecimento dos resultados dos testes médicos ao empregador. Considerando, como será bem visto e analisado no decorrer de todo este trabalho, que o objetivo dos testes genéticos nas relações empregatícias é exatamente fornecer ao empregador os dados neles obtidos, percebe-se que há um choque entre esses interesses, não sendo atendido o sigilo médico nesses últimos e, portanto, revela-se como mais uma característica que os diferencia dos exames médicos obrigatórios do art. 168 da CLT.

### 3.4 DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Um dos princípios constitucionais mais importantes do Direito brasileiro e que encontra bastante congruência com este trabalho é o princípio da igualdade. Está em consonância com ele um outro princípio, que embora ainda não esteja expressamente consagrado em legislações esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, possui grande relevância no atual Estado Democrático de Direito – o

---

<sup>103</sup> Art. 168, § 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.

<sup>104</sup> Código de ética da medicina, artigo 105, diz ser vedado ao médico: Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

princípio da não discriminação. Como se percebe, a discriminação é afronta direta à dignidade da pessoa humana.

A palavra discriminação é de origem anglo-americana, e etimologicamente significa o caráter infundado de uma distinção.

De acordo com o art. 1º da Convenção número 11 da OIT<sup>105</sup>, discriminação compreende qualquer:

Distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão.

Ou seja, discriminar tem sentido de diferenciar, discernir, distinguir, estabelecer diferença.

A Constituição de 1988 proibiu a discriminação em qualquer contexto da sociedade e do Estado brasileiro. Todavia, poderá a discriminação ser admitida no sentido da referida Convenção, quando for necessária uma qualificação específica para um emprego determinado. Assim ela será legítima, pois considerada um fator essencial ou efetivamente relevante ao tipo de relação jurídica ou função objetivada no contrato ou desde que ressalvada pela lei em virtude de fatores importantes também considerados. “Não contratar candidato por inadequação às funções que teria de desempenhar não é o mesmo que discriminar, pois não haveria, neste último caso, preconceito contra uma pessoa, entretanto outra razão, que seria o imperativo de compatibilização entre ela e a atividade que venha a exercer.”<sup>106</sup>

Nesse sentido, o ensinamento de Maurício Godinho Delgado corrobora com essa ideia de discriminação legítima nas relações de emprego. Ele explica que pode ser considerada ilegítima, e por isso violadora do princípio constitucional da igualdade, ao “não sendo, porém, consistente, justificada, lícita a diferenciação, desponta a ofensa ao princípio e às regras antidiscriminatórias, incidindo o dever de reparação (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, CCB/2002).”<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012, p. 889.

<sup>106</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 752.

<sup>107</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012, p.650.

No que concerne ao âmbito laboral, o princípio da não discriminação é consagrado como um dos princípios protetores do empregado. Entre os seus objetivos<sup>108</sup>, há o de conter o poder de comando do empregador, este que deve ser aplicado atendendo-se às regras que impendem a discriminação ao empregado, como pessoa humana, levando-se em consideração, sobretudo, a dignidade.

Vários são os motivos de discriminação nas relações de emprego, seja devido ao estado civil, idade, cor, raça, opção religiosa ou política, deficiência, sexo, orientação sexual, doença, situação familiar, características físicas, e, inclusive, as informações genéticas do indivíduo, que é o que caracteriza a discriminação genética, tema deste trabalho.

### 3.4.1 Momentos de ocorrência

A discriminação poderá ocorrer na admissão, no curso do contrato de emprego e na dissolução do vínculo laboral. Portanto, em todas as etapas da contratação pode ser caracterizada uma conduta discriminatória por parte do empregador.

O primeiro momento que pode ocorrer a discriminação é no ato da contratação, na admissão laboral. Esta pode ocorrer mediante anúncio de emprego, ou mesmo de modo mais discreto, através de departamento pessoal. Pode ocorrer, embora de forma rara, inclusive, por meio dos próprios empregados da empresa, que podem exercer pressão em virtude de não quererem trabalhar no mesmo ambiente de alguém por face de suas características pessoais.<sup>109</sup>

O momento da seleção do trabalhador pode evidenciar essa discriminação através de inúmeras técnicas de seleção utilizadas pelos empregadores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Os procedimentos de seleção de pessoal, para Rúbia Zanotelli de Alvarenga<sup>110</sup> têm como objetivo avaliar as qualidades e as características profissionais, assim como a qualificação técnico-profissional do examinado, objetivando valorar quais são as condições físicas, psicológicas e comportamentais

---

<sup>108</sup> CARNEIRO, Mirinaide. Discriminação no emprego ou profissão. *In*: SOUZA, Ronald Amorim e (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Salvador: Gráfica Trio, 1997, p. 163-178.

<sup>109</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2012

<sup>110</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. **As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador**. Disponível em : <<http://jus.com.br/revista/texto/18898/as-tecnicas-de-selecao-de-pessoal-realizadas-na-admissao-do-trabalhador>>. Acesso em 23 set. 2012.

do candidato e se estas são compatíveis com o interesse do empregador para aquele cargo especificamente concorrido.

Para Idalberto Chiavenato <sup>111</sup> “a seleção é um processo pelo qual uma organização escolhe, de uma lista de candidatos, a pessoa que melhor alcança os critérios de seleção para a posição disponível”.

Como exemplo desses procedimentos existem o preenchimento de uma ficha pelo candidato, entrevistas, questionários, dinâmicas de grupo, testes de conhecimento, de personalidade, psicológicos, grafológicos, além dos exames médicos, toxicológicos e genéticos.<sup>112</sup>

Consoante ensina Rafaela Corrêa Leite e Sílvia Carine Tramontin Rios<sup>113</sup> “diante da inexistência de previsão legal, a seleção e seus métodos devem seguir o princípio da boa-fé, de modo que do empregador é exigida uma atitude lícita na utilização dos métodos de investigação .”

Devido à inexistência de legislação listando e tutelando os procedimentos de admissão, percebe-se a possibilidade de haver uma discriminação neste momento, bem como que esta pode ter como fundamento as informações genéticas do candidato, quando realizados os *screening* para acesso e utilização dos dados genéticos dos seus candidatos.

É importante fazer aqui uma observação quanto à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar questões relativas a atos discriminatórios que impeçam o acesso ao empregado, já que o contrato de trabalho ainda não existe em si. O artigo 114 da Constituição, ao elencar as hipóteses de competência da Justiça do Trabalho, refere-se a “trabalhadores”. Entende-se que a pessoa que se habilita ao emprego ostenta, naturalmente, a qualidade de trabalhador, mesmo inexistindo ainda o contrato de trabalho, mas a relação, o motivo que liga as partes conflitantes é decorrente do futuro emprego. E, então, nenhuma outra Justiça melhor do que

---

<sup>111</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 81.

<sup>112</sup> ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga. **As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador**. Disponível em : <<http://jus.com.br/revista/texto/18898/as-tecnicas-de-selecao-de-pessoal-realizadas-na-admissao-do-trabalhador>>. Acesso em 23 set. 2012.

<sup>113</sup> LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. **Momentos do controle durante a contratação**. Curitiba, Juruá, 2008, p. 169

com técnicos especializados em Direito do Trabalho para conhecer, processar e julgar tais questões.<sup>114</sup>

Tem-se, pois, a responsabilidade aquilana ou extracontratual – provém da lei - que advém não de uma relação contratual, porém quando o agente por negligência, imprudência ou imperícia ou falta de exatidão no cumprimento de seus deveres e atribuições funcionais fere o direito de outrem, opondo-se à responsabilidade contratual, que advém de um contrato.<sup>115</sup>

A discriminação pode ocorrer, também, no curso do contrato de trabalho, quando verificada a delegação de atividades inferiores, que não requeiram qualificação, bem como nas oportunidades de promoção, ou sob a forma de salários mais elevados e maiores chances de promoção motivada pela discriminação.<sup>116</sup> Durante o contrato de trabalho, o tratamento discriminatório pode configurar justa causa para o empregado dar por rescindido o contrato de trabalho – rescisão indireta<sup>117</sup>, além de

---

<sup>114</sup> CARNEIRO, Mirinaide. Discriminação no emprego ou profissão. *In*: SOUZA, Ronald Amorim e (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Salvador: Gráfica Trio, 1997, p. 163-178.

<sup>115</sup> Para ilustrar a responsabilidade aquilana, tem-se, nesse sentido, jurisprudência que corrobora com a ideia de que pode haver responsabilização antes mesmo da existência de relação contratual, pautando-se numa responsabilidade extracontratual. A competência da Justiça do Trabalho também encontra fundamento na ementa do acórdão de número 106583 PB 00973.2008.006.13.00-1, do relator Wolney De Macedo Cordeir, do TRT-13, nos seguintes termos: E M E N T A: FASE PRÉ-CONTRATUAL. PROCESSO SELETIVO. APROVAÇÃO. CONTRATAÇÃO SUSPENSA. EXPECTATIVA FRUSTRADA. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÕES DEVIDAS. As negociações que antecedem a contratação, principalmente quando acompanhadas de processo seletivo, exame médico admissional(...)entre outras obrigações, todos às expensas da candidata à vaga, caracterizam um pré-contrato de trabalho, gerando para a autora, inevitavelmente, a certeza da contratação. Assim, se o empregador, injustificadamente, suspende as contratações, por óbvio frustrou a certeza de admissão da trabalhadora, configurando, sem dúvidas, o abuso de direito capaz de ensejar o deferimento das indenizações por danos morais e materiais perseguidas pela reclamante.(...) Dessa forma, mesmo em relação aos fatos danosos ocorridos na fase do pré-contratual, competente é a Justiça do Trabalho para apreciar a demanda, posto que esta decorre de um vínculo iminente entre as partes. À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.(...) Ademais, é de se considerar que a fixação da competência deve observar a que área do direito o litígio pertence. Assim, tendo a reclamante asseverado o dano que sofreu decorreu de relação de trabalho, ainda que limitada à sua fase pré-contratual, é, sim, da Justiça do Trabalho a competência para conhecer e julgar a lide. - ok

<sup>116</sup> OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8950>>. Acesso em: 4 maio 2013.

<sup>117</sup> O artigo 483 da CLT elenca as hipóteses de justa causa do empregador, também chamada de rescisão indireta. Configurada a discriminação, serão enquadradas as alíneas “e” e “g” do artigo em comento. Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.



também poder ser motivo para ingressar com ação judicial para a empresa cessar o comportamento ilegal e lhe indenizar por danos morais.

E de maneira mais comum, a discriminação pode se mostrar no final do contrato de emprego, com a sua extinção, quando ela se dá pela preferência de determinados grupos para fins de despedida, usualmente sendo alegada, para camuflar as motivações discriminatórias, a necessidade de conter gastos, por exemplo.

Quanto à despedida discriminatória, deve-se frisar o quão difícil é a configuração desta, na medida em que possui o empregador direito potestativo ao despedimento. É verdade que fortalece, cada vez mais no campo doutrinário<sup>118</sup>, a concepção da necessidade de controle da despedida do empregado. Porém, essa necessidade vai de encontro com o poder quase ilimitado que tem o empregador de despedir o empregado, justificado e fundamentado no poder diretivo que aquele é detentor.

O poder de direção que é dado ao empregador há de ser aplicado com cautela, e em nenhuma hipótese pode ferir a dignidade da pessoa humana. Assim, registra-se que ele não é absoluto, e também está limitado aos deveres que lhe são inerentes em decorrência da natureza do vínculo empregatício que, no caso aqui específico, é o dever de não discriminar.

Coadunando-se com o impedimento de uma despedida discriminatória, a Convenção 158 da OIT<sup>119</sup>, em conformidade com a concepção de controle do direito potestativo que tem o empregador de despedir o empregado, dispõe que não seja dado término à relação de trabalho a menos que exista uma causa justificada relacionada, e esta causa, por tudo quanto já exposto, não pode ser discriminatória<sup>120</sup>.

A teoria do direito potestativo está sendo superada pelo princípio da conservação do contrato de trabalho, lembrando que a continuidade no emprego é princípio inerente ao contrato de trabalho, que não pode ser colocado à livre disposição de apenas uma das partes, neste caso, o empregador. E com a aplicação das normas que

---

<sup>118</sup> CARNEIRO, Mirinaide. Discriminação no emprego ou profissão. In: SOUZA, Ronald Amorim e (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Salvador: Gráfica Trio, 1997, p. 163-178.

<sup>119</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158 da OIT**. Disponível em : <<http://www.oit.org.br/content/término-da-relação-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 05 maio 2013.

<sup>120</sup> Convenção 158 da OIT, Parte II - normas de aplicação geral - Seção A - Justificação do término - Art. 4 - Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

reprimem o despedimento imotivado será mais fácil conseguir comprovar uma despedida discriminatória.

Logo, sendo o direito potestativo ao despedimento uma excelente camuflagem à despedida discriminatória, deve ele ser combatido e reprimido, mesmo que haja fundamento e justificativa no poder direito do empregador.

### 3.4.2 Legislação que vede tal conduta

Há exponenciais princípios e regras constitucionais da não discriminação na ordem jurídica do Brasil, como a força normativa nesta direção do Preâmbulo do Texto Máximo; do artigo 1º, III<sup>121</sup>; do artigo 3º, I e IV<sup>122</sup>; do artigo 5º, *caput* e inciso I e III<sup>123</sup>, todos da Constituição da República. A discriminação é, pois, afronta direta à dignidade da pessoa humana.

No âmbito empregatício, além da incidência desse princípio e regras gerais fixados amplamente na Constituição, há regra e princípio específico, na mesma direção, estabelecidos no artigo 7º, XXX, XXXI e XXXII<sup>124</sup>.

No âmbito internacional, a Convenção nº 111 da OIT, de 1958, dispõe que todo Estado Membro para o qual a Convenção se encontre em vigor deve se comprometer a definir a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda e qualquer forma de discriminação.

---

<sup>121</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>122</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

<sup>123</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante

<sup>124</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Na esfera infraconstitucional, há dois diplomas legais pós 1988 que constituem significativos avanços na legislação da garantia do emprego, especificamente quanto a vedação à discriminação. São elas a Lei nº 9.020/95 e a Lei nº 9.799/99.

O primeiro deles é a Lei nº 9.029/95<sup>125</sup>, que não apenas proíbe práticas discriminatórias, como também estabelece penalidades para a exigência de determinados atos considerados discriminatórios, além de fixar os efeitos da extinção do vínculo em caso de discriminação.

O seu artigo 1º é bastante abrangente e enumera vários itens em campos fundamentais onde se veda a prática discriminatória que impeça o acesso ou a manutenção de qualquer pessoa no emprego. Vale dizer que os itens pela lei enumerados (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade)<sup>126</sup> são apenas exemplificativos, podendo a realidade social apresentar conduta discriminatória envolvendo outras situações e estas serão, sim, amparadas e protegidas por esta legislação.

A Lei em comento estabelece, no seu artigo 4º, sem prejuízo das penalidades administrativas mencionadas no artigo 3º, que o rompimento da relação de emprego por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre duas alternativas reparatórias<sup>127</sup>: a reintegração (não obstante o texto legal use o termo “readmissão”), com pagamento do período de afastamento, ou a indenização respectiva, que se refere à percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

Ademais, o *caput* do artigo 4º é claro no sentido de ser o pedido de indenização por danos morais perfeitamente compatível na hipótese de prática de ato discriminatório, cumulado com qualquer das duas alternativas acima analisadas, desde que, evidentemente, haja violação à integridade moral do empregado.

---

<sup>125</sup> BRASIL. **Lei 9.029/95**, de 13 de abril de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm)>. Acesso em 23 set. 2012.

<sup>126</sup> Lei 9.029/95 - Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

<sup>127</sup> Art. 4º - O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A Lei nº 9.799/99, por sua vez, torna expressos os parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo, de certo modo, já poderia ser extraído dos textos normativos preexistentes, em especial, da Constituição, inserindo o art. 373-A à CLT. E nesta linha é que se utiliza de referência ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de emprego, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa, para ofertas de vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas congêneres.<sup>128</sup>

Observa-se que impedindo práticas discriminatórias, esses dois diplomas normativos atendem ao princípio constitucional de direito ao Trabalho – artigo 6º, da CF/88, além de ser uma das formas de proteção contra as despedidas arbitrárias ou sem justa causa – artigo 7º, inciso I da CF/88. São atingidos, desta maneira, os objetivos de conter normas de democratização nas relações do trabalho e dispositivos sancionadores das transgressões legais pelos empregadores.

---

<sup>128</sup> BRASIL. **Lei 9.799/99**, de 26 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/mulei9799.htm>>. Acesso em: 05 maio 2013.

#### 4 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A discriminação genética nas relações de emprego pode ocorrer quando o empregador tiver possibilidade de acesso e uso das informações genéticas dos seus eventuais e efetivos empregados. As empresas poderiam submeter seus candidatos ou empregados a testes genéticos, com o intuito de utilizar seus resultados para, conhecendo as informações genéticas daqueles, decidir qual futuro eles poderiam ter no quadro da empresa, seja excluindo-os ou rechaçando sua contratação.

Ou seja, mediante os resultados genéticos, far-se-ia uma melhor análise dos possíveis custos que a empresa teria de arcar se contratasse ou mantivesse um empregado com probabilidade de desenvolver uma doença genética. Se os resultados se mostrassem positivos, revelando o padecimento futuro de uma enfermidade ou apenas a predisposição a ela, poderia a empresa não o contratar ou despedi-lo, já que é livre para fazê-lo sem alegar motivo algum, embora não sejam inaptos no momento da solicitação do lugar de trabalho, visto não apresentarem sintomatologia de nenhuma enfermidade e até, em alguns casos, nem mesmo existir vinculação entre o surgimento futuro da enfermidade e a atividade ou ambiente trabalhista.

A conduta discriminatória nas relações de emprego por motivo genético, explica Francisco Vieira Lima Neto<sup>129</sup>, acontece quando:

um trabalhador poderia não ser contratado, ou poderia ser demitido, pela simples razão de apresentar em seu genoma porções de DNA que revelariam a probabilidade de, em um futuro incerto, manifestar doença ou conduzir-se de maneira não desejada pelo empregador (rebeldia, subversão, desrespeito à autoridade, vício, etc), ainda que no momento do resultado do teste fosse assintomático e seu estado atual de sanidade lhe garantisse o acesso à vaga na empresa.

É verdade que esta conduta se mostra em maior evidência em outros países mais desenvolvidos, como nos Estados Unidos e países da Europa. Ocorre que algumas multinacionais atuantes no Brasil, pautando-se nessa postura internacional, já estão começando a adotar essa prática. E a tendência é que com o desenvolvimento cada vez maior da ciência genética, e com a globalização, empresas brasileiras também se utilizem dessa atuação.

---

<sup>129</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 62.

De acordo com dados de pesquisas realizadas pela *American Management Association*, 30% das novas contratações americanas solicitam os dados genéticos de seus empregados e 7% admitem se utilizarem dessas informações para tomarem suas decisões quanto à contratação ou promoção de seus empregados.<sup>130</sup>

Elaine Noronha Nassif indica que ao se utilizar do resultado de um teste genético, o empregador fará do exame genético o *curriculum vitae* do empregado.<sup>131</sup> E esta conduta claramente fere direitos fundamentais do ser humano, como a intimidade, a privacidade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Por isso, embora tenha o empregador direito de não manter em seu quadro de funcionários ou não contratar alguém que, a critérios particulares dele, não seja desejável na empresa, não pode essa motivação ser discriminatória, fundada em dados genéticos, visto violar direitos fundamentais.

Por outro lado, os empregadores têm fortes motivos de ordem econômica para que sua força de trabalho seja saudável. Desta maneira, a informação genética é economicamente relevante, considerando que eventuais doenças no seu quadro de funcionários pode representar custos significativos e que poderiam ser evitados.

E a postura do empregador se justifica em algumas razões, como não querer correr ele o risco de, se o seu funcionário desenvolver uma doença genética, ter ele de arcar com eventuais custos empresariais. Como exemplos destes custos tem-se: mais treinamentos e substituições; diminuição de rendimento corporativo e da produtividade empresarial em razão do estado de saúde dos funcionários; elevação no preço de seguros e tratamentos de saúde suportados pela empresa; influência dos genes em algumas características ou atributos pessoais que sejam de interesse do empregador; ocorrência de acidentes de trabalho devido à predisposição genética; custos indenizatórios devidos em razão desses motivos elencados.

É evidente que uma força de trabalho saudável é essencial para a produtividade corporativa, e ao contratar ou manter um empregado com predisposição genética

---

<sup>130</sup> ARAUJO, Antônio Castro Alves de. **Seleção pelo DNA**: discriminação genética é uma ameaça ao trabalho. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

<sup>131</sup> NASSIF, Elaine Noronha. **Genética e discriminação no trabalho**: uma cogitação. Rev. Trib. Re. Tra. 3ª Reg. Belo Horizonte. Pg. 109-118. Jul/dez 99. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_60/Elaine\\_Nassif.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf)>. Acesso em 10 maio 2013.

depara-se o empregador com risco maior do que com a contratação ou manutenção de um funcionário mais saudável.

Carlos María Romeo Casabona<sup>132</sup> acredita que a postura, ainda que discriminatória do empregador, poderia ter dois fins: proceder uma seleção negativa e uma positiva. A negativa teria o propósito de não contratar os candidatos nos quais fosse diagnosticada qualquer anomalia de segura manifestação posterior ou de simples predisposição; e a positiva diz respeito à seleção de trabalhadores mais aptos para o ambiente trabalhista determinado de acordo com suas características genéticas. Ocorre que independente da finalidade (positiva ou negativa), ambas configuram-se como condutas discriminatórias, e por tal motivo, não podem prevalecer.

Para ficar caracterizada ainda mais a discriminação infundada e violadora de direitos fundamentais, é preciso dizer que para o âmbito trabalhista o conceito de enfermidade tem caráter funcional, entendendo-o como tal que “anule ou diminua, de forma apreciável, a capacidade para o desempenho do concreto posto de trabalho”<sup>133</sup>. Nesse sentido, a detecção de uma predisposição, mesmo que genética, não poderia ser qualificada ainda como enfermidade.

Não restam dúvidas da necessidade de vedação à posturas discriminatórias nas relações de emprego, sendo necessária alguma intervenção legislativa específica, em razão dos interesses em confronto, da novidade da matéria e das suas peculiaridades.

#### 4.1 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS: NÃO CONFIGURAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

Com o avanço da tecnologia e evolução da ciência genética, o que vem aumentando a capacidade diagnóstica para um maior número de predisposições ao padecimento de doenças concretas, relacionadas à atividade laboral e às condições de trabalho, e também à confiabilidade de previsão, as empresas estão se valendo das informações genéticas dos seus candidatos e empregados para decisões

---

<sup>132</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 77.

empresariais, em razão da relevância econômica que os genes dos indivíduos tendem a exercer em âmbito laboral, com redução de custos e elevação de produtividade. Ainda que seja esta uma postura favorável ao lado empresarial, ela se mostra prejudicial e discriminatória em relação aos empregados.

Contudo, há duas situações excepcionais<sup>134</sup> nas quais entende a doutrina<sup>135</sup> ser possível o acesso e utilização das informações genéticas dos empregados, sem ferir princípios jurídicos.

A primeira dessas possibilidades evidencia-se quando a informação genética do empregado ou candidato seja utilizada para evitar a exposição do indivíduo com predisposição a uma determinada doença genética ou suscetibilidade a determinadas substâncias à ambientes que agravem ou coloquem em risco ainda maior à sua saúde. Assim, os empregadores poderiam testar a predisposição dos empregados com relação às suas suscetibilidades a determinadas substâncias e condições, direcionando-os para outras funções que venham a oferecer menos riscos à saúde ou solicitar amostras biológicas para controlar a ocorrência de algum dano à saúde de empregados que já sofreram tal exposição. Nesse sentido, duas são as posições<sup>136</sup> substancialmente diferentes sobre sua compreensão: a primeira entende que os testes (inclusive os genéticos) seriam obrigatórios e deveria haver exclusão do empregado quando positivo o resultado, sob a justificativa de que cabe ao Estado proteger a saúde dos trabalhadores, ainda que contra a sua vontade; a segunda posição entende que a decisão deve caber ao interessado, que deve tomá-la livremente quanto à sua realização e quem valore pessoalmente os resultados, na medida em que deve o empregado ou candidato ser assessorado sobre os riscos existentes, bem como quanto à possibilidade de submeter-se a testes.

Frisa-se que essas posições são eminentemente doutrinárias, teóricas, comprovando-se a urgente necessidade de normatização específica quanto ao tema para evitar eventuais dúvidas e posicionamentos sentenciais divergentes em casos futuros.

---

<sup>134</sup> MATHEIU, Bertrand *apud* DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

<sup>135</sup> É este o posicionamento de Rodrigo Bernardes Dias.

<sup>136</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999.



A outra situação excepcional de permissão seria quando o risco de uma doença no empregado viesse potencialmente a causar grandes danos a terceiros, como doenças que acometam pilotos de avião. Ou seja, neste caso, a finalidade do exame genético é a prevenção de riscos de prejuízos a terceiras pessoas.

Para que esta última exceção pudesse ocorrer, seria preciso o cumprimento de algumas condições<sup>137</sup>, que seriam: avaliação do risco do empregado enquanto tal, sem considerar a pessoa concreta, que deve comportar perigo elevado para terceiras pessoas; “disponibilidade de um diagnóstico relativo a uma alta probabilidade de contrair uma doença profissional muito grave ao manter-se em contato com o ambiente trabalhista”<sup>138</sup>, acrescentando-se a isto a inexistência de outro procedimento diagnóstico não genético que apresente igual ou maior confiabilidade; inexistência de alternativa do empregador para melhorar, efetivamente, as condições de segurança do trabalho; e que em sendo positivo o resultado do teste, que seja dado um emprego alternativo com condições trabalhistas semelhantes às que desfrutava ou iria desfrutar.

Nesses dois únicos casos excepcionais de acesso e utilização dos dados genéticos dos candidatos e empregados, há necessidade de imperioso respeito para a finalidade para as quais as informações foram obtidas, e tão somente para estes fins, permanecendo confidenciais quaisquer outras informações sobre a configuração genética do empregado.

## 4.2 PRINCÍPIOS JURÍDICOS VIOLADOS

Este tópico objetiva elencar princípios constitucionais violados quando da prática da discriminação genética nas relações de emprego, corroborando para a tese da inconstitucionalidade desta conduta. Ao explicá-los e analisá-los, restarão comprovadas as suas importâncias para o sistema jurídico brasileiro, e em que medida a discriminação genética nas relações de emprego os violam.

---

<sup>137</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 84

### 4.2.1 Igualdade

Também chamada de isonomia, a igualdade é consagrada como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. A melhor tradução para o seu significado é a notória afirmação de Aristóteles, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.<sup>139</sup>

O direito à igualdade é o direito pertencente a todos de serem tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, visto que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.<sup>140</sup>

É da existência da igualdade que decorre o princípio constitucional da igualdade, este que é um postulado basilar da democracia, significando que todos merecem as mesmas oportunidades, pois defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. É necessária, desta forma, que seja dado tratamento equânime às pessoas, sob pena de ser agredido o princípio constitucional da igualdade.

Com efeito, a igualdade é o princípio que visa duplo objetivo, a saber: de um lado, proporcionar garantia individual, e de outro, tolher favoritismos.

Não obstante a existência de tal princípio, há critérios legítimos que autorizam distinguir pessoas para fins de tratamentos jurídicos distintos. É nesse sentido que se entendem juridicamente toleráveis algumas discriminações. Questiona-se, contudo, quais os critérios legitimamente manipuláveis, sem ofensa à isonomia, que autorizam distinguir pessoas para fins de tratamentos jurídicos diversos? Vale dizer, quais os limites legais de discriminar?

Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, as discriminações legais somente se coadunam com o dogma da igualdade se existir pertinência lógica entre a distinção inserida na lei e o tratamento distintivo dela consequente. Ademais, em conjunção com esta primeira premissa, necessário também que essa correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. Apenas a apreciação

---

<sup>139</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>140</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009.

conjunta desses aspectos é que se permite uma correta análise da legitimidade ou não da conduta discriminatória.<sup>141</sup>

Assim, consoante sintetiza o referido autor, para poder identificar o desrespeito à isonomia, este leciona que:

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.<sup>142</sup>

É dizer, deve-se analisar se aquilo que é erigido em critério discriminatório encontra justificativa racional para, com fundamento no traço desigualador adotado, atribuir específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada, em harmonia com os interesses acolhidos no sistema constitucional. Esta é a discriminação legítima.

Conclui-se que qualquer tipo de discriminação viola o princípio da igualdade quando for desarrazoada e em desconformidade com o sistema constitucional. Desta forma, contextualizando o princípio em comento, a discriminação genética, na sua essência, pois em abstrato, quebra o preceito igualitário na medida em que utiliza como fator de discriminação a informação genética do indivíduo.

Entretanto, conforme explicado neste tópico, este fator de discriminação pode ser legítimo, sobretudo na utilização das informações genéticas nas relações de emprego quando guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta – quando utilizadas em conformidade com as duas hipóteses excepcionais defendidas por este trabalho de curso: para evitar a exposição do indivíduo com predisposição a uma determinada doença genética ou suscetibilidade a determinada substância à ambientes que agravem ou coloquem em risco ainda maior à sua saúde, bem como quando o risco de uma doença no emprego venha potencialmente causar grandes danos a terceiros - baseando-se nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Como já entendido, a igualdade está no reconhecimento de dignidade igual a todos, culminando no respeito à singularidade e à diversidade dos indivíduos, independente

---

<sup>141</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 21-22.

de suas características, aqui especificamente das genéticas. Este princípio enseja que nenhum indivíduo pode ser vítima de qualquer tipo de discriminação, inclusive a genética, que venha a violar direitos humanos, liberdades fundamentais e a dignidade humana.

#### 4.2.2 Intimidade e privacidade

A Carta Magna atualmente vigente no país, em seu art. 5º, inciso X, prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, cabendo indenização pelos danos morais ou patrimoniais causados em razão de ofensa a estes direitos. Foi a Constituição Federal de 1988 a primeira constituição brasileira a tutelar, expressamente, os princípios da Intimidade e da Privacidade, ambos possuindo *status* de direitos fundamentais, prevendo, ainda, o direito à intimidade como direito subjetivo autônomo. E essa proteção constitucional, sobretudo com a elevação ao *status* de direito fundamental, traz benefícios específicos, pois além de serem considerados como cláusulas pétreas ( art. 60, § 4º, IV da CF/88), o que impede serem eles objeto de emenda constitucional, também possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º), ou seja, “têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social”<sup>143</sup>.

Mesmo sendo duas expressões distintas – intimidade e vida privada – utilizadas pela legislador constituinte, não há consenso na doutrina nacional e na jurisprudência acerca da distinção entre esses conceitos. Entretanto, apesar da resistência de alguns<sup>144</sup>, este trabalho se filiará àqueles que entendem serem sim conceitos distintos, baseando-se na própria escolha do legislador, na medida em que a clássica lição hermenêutica ensina que “não se presumem, na lei, palavras

---

<sup>143</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009.

<sup>144</sup> José Cretella Júnior é um dos doutrinadores brasileiros que confundi essas expressões, entendendo serem elas sinônimas, ao examinar o art 5º, inciso X da CF/88, no seu livro *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, ao dizer “que o legislador constituinte distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que ‘intimidade’ do cidadão é sua ‘vida privada’, no recesso do lar”. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v.01, p.257).

inúteis”<sup>145</sup>, o que indica a existência de suas realidades jurídicas distintas a serem tuteladas.

Desta forma, cumpre fazer as conceituações e consequentes distinções entre estes conceitos.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>146</sup> sustenta que o direito à privacidade relaciona-se aos comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimentos de todos.

Dirley da Cunha Júnior<sup>147</sup> entende que a vida privada é menos secreta do que a intimidade, porém mais reservada que a vida pública, sendo aquela demonstrada à sociedade, ainda que com certas limitações, pois se refere ao âmbito do indivíduo com sua família, com seus amigos, seus relacionamentos amorosos e inclusive com seu trabalho. O conceito de vida privada pressupõe que a vida das pessoas se divide em dois aspectos, um voltado ao exterior, este que envolve suas atividades e vida pública, e outro para o interior, este que mesmo dizendo respeito à mesma pessoa, não pode ser objeto de pesquisa e divulgação alheia. E é exatamente por abranger momentos e relações mais particulares dos indivíduos que a vida privada se protege da intromissão dos outros, devendo ser respeitada, posto que apenas diz respeito àqueles que a integram.

O conceito de intimidade é ainda mais restrito do que o de privacidade, sendo a vida secreta ou exclusiva do indivíduo, unicamente sua, sem nenhuma repercussão junto à sua família, amigos, ambiente de trabalho, quiçá socialmente, ou seja, são os segredos mais sigilosos do indivíduo. O conhecimento dos dados que a integram só é detido pela própria pessoa e pelos poucos com quem o titular do direito consente em partilhar. E seu significado aproxima-se bastante da ideia de segredo, não sendo a intimidade compartilhada nem mesmo com aqueles que integram a vida privada, sendo esta a diferença entre eles. Por isso que se diz que a intimidade protege a própria essência da pessoa <sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>147</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

Assim, a vida privada engloba a intimidade, sendo esta mais restrita do que aquela.

Concluída a presente conceituação e diferenciação dos termos, passa-se à análise de uma espécie de intimidade, em razão de sua extrema relevância para o tema.

#### 4.3 INTIMIDADE GENÉTICA

Após a distinção conceitual trazida acerca da intimidade e da vida privada, é possível afirmar que a proteção das informações genéticas remete-se àquele direito.

Mas antes de maiores esclarecimentos quanto à esta afirmação, vale dizer o que significa informação genética. Entende-se por informação genética aqui neste trabalho a secundária<sup>149</sup>, que é aquela que identifica plenamente a pessoa e as patologias que afetam ou que podem afetá-la. São suas características básicas: ser única, pois todo indivíduo é geneticamente irrepitível e único; estrutural, pois acompanha o indivíduo desde o nascimento até a morte; é preditiva, pois constitui um indicador da possível saúde do indivíduo; probabilística, pois ainda que a predição do futuro não seja inteiramente certa, ela é aproximada e limitada; e por último, é geracional, pois revela a herança e a conexão com os parentes e familiares, quase não estando ligada ao sujeito portador, porém se transmite entre gerações.<sup>150</sup>

Após esta contextualização, importa destacar que o patrimônio genético relaciona-se com o que há de mais íntimo biologicamente na vida do indivíduo, protegido, portanto, pelo respeito à intimidade.

---

<sup>149</sup> Conforme ensinamento de Denise Hammerschmidt, a informação genética pode apresentar dois níveis distintos: o primário e o secundário. Aquele diz respeito à espécie humana, e por isso, pertence ao domínio público, não permitindo uma identificação do indivíduo; será secundária quando identificar plenamente a pessoa e as patologias que afetam ou podem afetá-la. Sem dúvida, é esse segundo nível de informação que requer maior proteção jurídica, exatamente onde o aconselhamento genético encontra maior importância.

<sup>150</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

### 4.3.1 Conceito e tutela jurídica da intimidade genética

O conceito de intimidade genética define-se como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética, e ele se configura sobre dois elementos: um objetivo e um subjetivo.

De acordo com Maria de Fátima de Sá e Bruno Naves:

O direito à intimidade, garantido na Constituição Federal de 1988 por meio do disposto no inciso X do artigo 5º, é a esfera individual de proteção do indivíduo em sua relação interior. O direito à intimidade genética decorre desse princípio constitucional e pode ser definido como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética.<sup>151</sup>

No que se refere ao aspecto objetivo, este diz respeito ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética. Já quanto ao elemento subjetivo, ele constitui a vontade do sujeito de determinar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu genoma – é a autodeterminação informativa.

Constata-se as pesquisas científicas que a análise do genoma é responsável por demonstrar tanto o eventual desenvolvimento de doenças, como também, e mais importante por isso, grande relação com traços da personalidade, o que pode revelar aspectos que o indivíduo prefira não compartilhar com os outros, como, por exemplo, predisposição ao alcoolismo, à agressividade e à dependência de drogas.<sup>152</sup>

Assim, as informações genéticas, por possuírem forte caráter íntimo, fazem parte da intimidade do indivíduo. É provável, portanto, que o titular desses dados não queira compartilhá-los com outras pessoas, preferindo mantê-los em desconhecimento perante os amigos e familiares, visto tratarem-se de questões sensíveis, inclusive não sendo de vontade dos titulares nem mesmo conhecê-las, ou seja, não se submetendo a testes genéticos.

Contudo, é de extrema importância a percepção de que assim como todo direito, ele não é absoluto, encontrando-se, pois, limitações para o seu exercício. Por poderem ser as informações genéticas de interesse de terceiros, como familiares e

---

<sup>151</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 191

<sup>152</sup> CASABOBA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBBCrim, 1999

descendentes, na medida em que os dados genéticos podem ser essenciais não só ao sujeito pesquisado, mas também àqueles, poderia o direito de intimidade genética ser relativizado frente ao direito de familiares de terem aquelas informações genéticas compartilhadas. Nestes casos, haverá um choque de interesses, no qual o detentor dos dados, ao alegar um direito à intimidade genética, pode nem mesmo querer saber o resultado do exame genético – direito de não saber, que será tratado adiante –, nem mesmo querer repassar tais informações a familiares que poderiam se ver afetados.

Nesse sentido, o Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina entendeu que a informação deve ser repassada para a família, resguardando-se ao máximo o direito de não saber do sujeito de pesquisa. A solução é a notificação dos familiares, de modo que permita impedir que estes padeçam de uma enfermidade grave que, provavelmente, não haveria de ser evitada de outro modo<sup>153</sup>. Vale dizer que essa disponibilização da informação genética do indivíduo a seus familiares só ocorre de modo excepcional, com fundamento de que nenhum direito é absoluto, não sendo, portanto, o da intimidade genética quando comprometer uma enfermidade grave que não possua outra forma de ser revelada a terceiros.

A proteção ao direito da intimidade genética no Brasil encontra fundamento tanto na Constituição Federal, como no Direito Internacional Público.

Muito embora não haja menção expressa no texto constitucional, ele é decorrente direto do art 5º, X, que traz o direito à intimidade de forma geral. Quanto à sua proteção no cenário internacional, importa salientar que de acordo com o art 5º, § 2º da CF/88, os direitos e garantias previstos no texto constitucional podem ser somados aqueles advindos de tratados internacionais, de modo que os princípios constantes nestes tratados devem ser observados no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a intimidade genética é objeto de Tratados de órgãos internacionais, como a UNESCO, que buscam proteger de maneira expressa este direito, objetivando minimizar os prejuízos advindos à sociedade em sua decorrência. E é neste sentido que a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direito Humano<sup>154</sup>, aprovada

---

<sup>153</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2002.

<sup>154</sup> Artigo 7 - Dados genéticos associados a indivíduos identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.



em 1997; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos<sup>155</sup>, de 2003; e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos<sup>156</sup>, aprovadas em 2005, elencam, dentre outros importantes princípios, a necessidade da confidencialidade das informações e consequente proteção ao direito à intimidade genética.

#### 4.3.2 O direito de não saber

Depurando o conceito de intimidade genética, que é o direito de determinar as condições de acesso à informação genética, vê-se que este se associa ao controle, pelo indivíduo, das suas informações relacionadas ao seu genoma, sendo de atribuição do próprio indivíduo escolher quem terá acesso à elas. E um dos direitos que lhe cabe é justamente o de não as conhecer, o direito do paciente de ignorar o diagnóstico, ainda que tenha consciente e espontaneamente se submetido a algum teste genético.

O direito de não saber é um direito potestativo que está previsto no artigo 5, “c”, da Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direito Humano<sup>157</sup>, determinando que “deve ser respeitado o direito de cada indivíduo decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes.” Também prevê este referido direito a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos.<sup>158</sup> É perceptível a preocupação internacional com a realização

---

<sup>155</sup> Artigo 14 – Vida privada e confidencialidade - Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relative aos direitos humanos a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, família ou, se for o caso disso, um grupo identificável.

<sup>156</sup> Artigo 9 – Privacidade e Confidencialidade - A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos.

<sup>157</sup> UNESCO. Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direito Humano. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

<sup>158</sup> Artigo 10: Direito a decidir ser ou não informado dos resultados da investigação – Quando são recolhidos os dados genéticos humanos, dados proteômicos ou amostras biológicas para fins de investigação médica e científica, as informações fornecidas na altura do consentimento deverão indicar que a pessoa em causa tem direito de decidir ser ou não informada dos resultados. Esta cláusula não se aplica à investigação sobre dados irreversivelmente dissociados de pessoas indetectáveis nem a dados que conduzam a conclusões individuais relativas às pessoas que participaram na

das pesquisas genéticas. Busca-se, quando se impõe limites ao desenvolvimento da ciência genética, através do direito à intimidade genética e do direito de não saber, de forma correta, favorecer a integridade física, psíquica e a dignidade da pessoa humana.

E essa escolha tem fundamento tanto, simplesmente, por não ser de seu interesse conhecer seus dados, como também porque pode o titular não se considerar preparado, e aqui frisa-se, psicologicamente, para receber as previsões médicas no que dizem respeito a sua vida futura.<sup>159</sup>

O direito de não saber tem como fundamento jurídico a autonomia privada, o poder de autodeterminação do indivíduo no que diz respeito ao controle do seus dados genéticos e da tomada de decisões após a sua coleta. Quanto ao diagnóstico genético, é oportuno registrar que antes mesmo do procedimento, o sujeito já deve ser informado prévia e completamente sobre o procedimento a ser realizado, em função de existir um direito subjetivo à prévia e completa informação daquele. E essas informações representam a própria autonomia, pois seu exercício necessita além de discernimento, também da consciência da situação, sendo explicitadas as vantagens e os riscos envolvidos. Não é outro o motivo para que haja um aconselhamento genético prévio, que deve ser realizado por pessoas capacitadas através de informações claras e de fácil entendimento.<sup>160</sup>

Realizado o teste genético e obtidas as informações, possuirá o sujeito pesquisado o direito de conhecer ou não os dados genéticos.

Deve-se reconhecer que os resultados de um *screening* genético podem abalar o titular dos dados. Embora tenham as pesquisas genéticas avançado ao ponto de diagnosticar, com certo grau de precisão, a propensão ao aparecimento de muitas doenças, e levando-se em consideração serem os dados genéticos gerenciais, podendo a informação colhida ser útil à descendência para a tomada de medidas preventivas, a medicina ainda não conseguiu acompanhar a velocidade dessas

---

referida investigação. Se necessário, o direito a não ser informado deverá ser tomado extensivamente aos familiares identificados dessas pessoas que possam ser afectados pelos resultados.

<sup>159</sup> Nesse sentido, é claro Carlos María Romeo Casabona ao dizer que: “o direito à intimidade comporta também o direito de não saber, ou seja, o de não conhecer, por parte do interessado, os resultados das análises a que foi submetido. (CASABOBA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito:** sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999, p.78).

<sup>160</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

descobertas. Por não se mostrar capaz, em muitas das vezes, de desenvolver a cura/tratamento ou mesmo identificar especificamente o momento em que essas enfermidades aparecerão, percebe-se que saber os seus dados e consequências genéticas traria poucos benefícios.

Alguns malefícios, contudo, podem ser gerados pelo conhecimento do resultado de um teste genético, frisando que ele representa propensões, e não certezas. A indicação de predisposição para uma doença, como Alzheimer – doença que aparece normalmente a partir dos sessenta anos de idade e cuja cura é totalmente desconhecida pela ciência médica - provavelmente acarretará sérios danos à vida de uma pessoa, visto esta conviver com uma angústia de saber que não existe cura ou tratamento médico conhecido para o seu mal.

Transtornos psicológicos podem se desenvolver a partir dessa notícia, como ansiedade e depressão. Importante destacar que a forma como a sociedade lida com esse tipo de informação auxilia para o agravamento do quadro, na medida em que a população como um todo não possui conhecimento técnico relativo aos testes genéticos preditivos, apenas absorvendo o que a imprensa repassa que, geralmente, é uma ideia determinista. Ou seja, por falta de conhecimento sobre o tema, as pessoas não sabem qual o impacto que os genes representam no desenvolvimento das predisposições, e, assim, acreditam que o destino se restringe apenas ao determinado pelas informações genéticas, desprezando a importante influência que os fatores ambientais externos possuem, e que muitas vezes são os verdadeiros responsáveis pelo futuro dos indivíduos. São eles a alimentação, exercícios físicos, relação familiar e de trabalho.

Portanto, essas razões são suficientemente justificadoras para que seja respeitado o direito da pessoa de não sofrer interferência nocivas das outras nas informações do seu patrimônio genético, bem como de ter respeitado o seu direito de, preferindo, não tomar conhecimento acerca de seus dados genéticos.

Retomando o quanto já mencionado, importante frisar que apenas quando as informações genéticas de um indivíduo forem essenciais a familiares e descendentes – para familiares que estiverem sob risco genético e quando para fins de investigação de paternidade/maternidade e solução de crimes de difícil

elucidaçã<sup>161</sup> - poderão elas serem disponibilizadas, relativizando o direito potestativo de não conhecer os dados genéticos do indivíduo. Todavia, não a terceiros, como empregadores, foco central deste trabalho e que será demasiadamente discutido.

Concluindo este tópico, é este direito um importante elemento para a defesa da personalidade humana, pois garante a autonomia do indivíduo, cabendo a ele escolher se está apto ou não para ter conhecimento de uma informação que poderia abalar sua saúde psíquica, repercutindo na esfera física, inclusive na somatização da informação. E em sendo um dos direitos da personalidade a integridade física e psíquica, porque componentes do direito à saúde, é compreensível e louvável a existência e tutela jurídica do direito de não saber.

#### 4.4 TUTELA JURÍDICA SOBRE O TEMA

Após profundas análises das legislações atuais em geral, não foi possível deduzir a obrigatoriedade de submissão a exames genéticos nas relações de emprego. Ocorre que, todavia, é necessário reconhecer a posição de desigualdade em que se apresenta o candidato à emprego ou trabalhador ante as exigências, nesse sentido, do empregador.

E por tais exigências serem claras violações de princípios fundamentais protetores da pessoa, percebe-se a necessidade de uma proteção normatizada para o empregado ao qual é imposta a obrigatoriedade discricionária de testes genéticos.

##### 4.4.1 Ausência de legislação nacional específica

A prática da discriminação genética nas relações de emprego no Brasil ainda se apresenta de forma excepcional, pontual, com casos isolados e sem representatividade doutrinária e jurisprudencial.

Entretanto, por já ser uma realidade em outros países e está cada vez mais na iminência de também ser aqui no Brasil, em virtude da evolução das pesquisas

---

<sup>161</sup> NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juri, 2007.

genéticas, do desenvolvimento dos diagnósticos para as doenças genéticas e da globalização, com objetivo de uma proteção específica e eficiente à proteção dos direitos fundamentais do empregado, como igualdade, intimidade e dignidade da pessoa humana, o Brasil precisa positivar uma proteção singular ao acesso e utilização das informações genéticas nas relações de emprego.

Ainda não existe em nível federal no direito positivo brasileiro lei alguma que proteja a privacidade genética de forma específica, quiçá quanto às relações de emprego. Porém a necessidade de positivação mostra-se imperativa, em razão da proteção da dignidade do ser humano, implicando no seu direito à privacidade, vedação legal da difusão indevida de sua composição genética.

A única legislação específica existente no Brasil é em nível estadual, no estado do Rio de Janeiro. Trata-se da Lei nº 4.121, de 26.01.2003 que dispõe sobre vários aspectos da privacidade genética, em especial garantindo a impossibilidade de discriminação genética por empregadores.<sup>162</sup>

É imperioso que este vácuo normativo seja preenchido na esfera federal, principalmente após o compromisso internacional de adoção, pelo Brasil, dos princípios da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. Para isso, inclusive, que se propõe este trabalho, com intuito de fomentar debate tão necessário, ensejando que a proteção dos dados genéticos nas relações de emprego venha a ser definitivamente regulamentado.

Em que pese ainda inexista legislação específica, tramitam no Congresso Nacional vários projetos de lei que tratam de algumas manifestações da privacidade genética.

Um deles é o Projeto de Lei nº 149/1997, de autoria do Senador Lúcio de Alcântara, que objetiva criminalizar a conduta da discriminação genética, imputando ao agente a pena privativa de liberdade.

---

<sup>162</sup> Lei nº 4.141/2003, do estado do Rio de Janeiro. Art. 8º - É expressamente proibido aos empregadores praticar: I - Impedir ou negar-se a contratar, ou despedir, a qualquer pessoa, ou de alguma forma discriminar com relação a indenizações, termos, condições ou privilégios de emprego em razão da informação sobre o Patrimônio Genético de referida pessoa ou de membros de sua família. II - Limitar, segregar, ou classificar aos empregados de forma a privar, ou tentar privar, de oportunidades de emprego ou promoções, ou de alguma forma afetar adversamente sua condição como empregado, devido as informações sobre o Patrimônio Genético relacionado a sua pessoa ou a algum membro de sua família. III - Solicitar, requerer, recopilar ou comprar informações sobre o Patrimônio Genético de qualquer pessoa, específica ou não, ou de qualquer membro da família de determinada pessoa.

Este projeto<sup>163</sup> foi pioneiro ao prevê a possibilidade e proteção da discriminação genética nas relações de emprego, tendo o artigo 6º a seguinte disposição:

Art. 6º Recusar, negar ou impedir inscrição em concurso público ou em quaisquer outras formas de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética do postulante, bem como, com base em informações dessa natureza, obstar, impedir o acesso ou a permanência em trabalho, emprego, cargo ou função, na Administração Pública ou na iniciativa privada. Pena : detenção, de um mês a um ano, e multa.

Não restam dúvidas de que o dispositivo protege a pessoa humana não apenas no momento de sua nomeação, mas inclusive quando de sua inscrição em concurso público, demonstrando que a discriminação genética acaba por violar o direito à igualdade, aqui entendido como o direito de concorrer em igualdade de condições a um cargo público.

Portanto, em virtude de inexistir legislação brasileira específica quanto ao tema da discriminação genética nas relações de emprego, não pode alegar o magistrado falta de legislação para decidir sobre o tema, pois não estão a privacidade genética e sua consequente discriminação genética totalmente desamparadas pelo Brasil. Cabe ao magistrado utilizar instrumentos jurídicos subsidiários, como a Constituição de 1988 e seus princípios, com ênfase nos da igualdade, privacidade e intimidade, autonomia e dignidade da pessoa humana; a legislação infraconstitucional, com as Leis nº 9025/95, que trata dos casos de discriminação nas relações de emprego, inclusive se utilizando de penas; da Lei nº 9799/99, que torna expressos os parâmetros antidiscriminatórios; e o Código de Ética Médica, que dispõe sobre a obrigatoriedade de sigilo médico quanto às informações médicas obtidas.

Embora sejam elas, se harmonicamente aplicadas, capazes, ainda que não com total eficiência, de proteger o empregado contra a discriminação genética, constata-se que a legislação brasileira está muito aquém das exigências impostas, o que proporciona grande falibilidade das decisões e fraco e amplo campo de argumentação. É necessária uma coerção, que somente será encontrada quando da edição de normais legais específicas. Até a normatização da matéria, o poder judiciário brasileiro, ao se deparar com demandas sobre a matéria, terá que aplicar as leis existentes, com base nos princípios da analogia e da equiparação, visto que

---

<sup>163</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 149/97**, de autoria do senador Lúcio Alcântara. Disponível em : <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls149.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm)>. Acesso em: 12 maio 2013.

cabe ao Magistrado aplicar a lei à nova realidade social, com o objetivo de conformá-la aos fatos para minorar o sempre existente afastamento entre eles.

#### 4.4.2 Legislação estrangeira

Em virtude dos rápidos avanços obtidos na área da biotecnologia, os Estados têm se deparado com novos questionamentos. Deste modo, buscando acompanhar esses novos fatos sociais, como a discriminação genética nas relações de emprego, diversos países têm se preocupado em elaborar leis para disciplinar as pesquisas genéticas e suas implicações na sociedade. Tendo em vista que ainda não há no Brasil legislação específica sobre o tema, bem como julgados importantes em que a matéria tenha sido objeto de apreciação pelos Tribunais, considera-se importante o estudo, ainda que breve, de como os testes genéticos, sua utilização laboral e a privacidade genética são disciplinados em outros países. Tal análise mostra-se imprescindível, na medida em que mesmo sendo realidades sociais bastantes distintas, a experiência internacional poderá ser capaz de indicar os caminhos para os posicionamentos nacionais mais adequados a serem tomados.

Sendo assim, e levando-se em consideração não ser possível examinar todos esses diplomas legais estrangeiros no presente trabalho, uma vez que inclusive fugiria dos objetivos traçados, parte-se, agora, para a análise dos mais importantes.

A Suíça é o único país do mundo, até o presente momento, que possui o direito à privacidade genética expressamente protegido constitucionalmente, quando prevê no seu artigo 119, “d” que “o patrimônio genético de uma pessoa não pode ser analisado, processado e divulgado sem o consentimento do interessado ou em virtude de uma lei”.<sup>164</sup>

Na França, a proteção da privacidade genética se dá através do Código Civil, quando limita a utilização da informação genética ao apenas permitir para fins médicos ou pesquisa científica, e ainda assim, apenas com o consentimento do possuidor dos dados anteriormente ao estudo.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 211.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 213.

Na América Latina, tem-se a experiência argentina, a qual através da Lei nº 421/2007, da Cidade de Buenos Aires, visa proteger a dignidade da pessoa humana com relação ao seu patrimônio genético quando proíbe todo tipo de discriminação genética, inclusive vedando a realização de testes genéticos em exames pre-ocupacionais, bem como a difusão das informações genéticas, salvo se autorizadas judicialmente ou pelo próprio interessado.<sup>166</sup>

A legislação de alguns países merece destaque, devido a sua relação com o tema, motivo pelo qual serão elas abordadas com maior precisão a seguir.

#### 4.4.2.1 Lei nº 12/2005 de Portugal

Um país que possui um dos diplomas mais completos sobre biotecnologia e investigação genética é Portugal, tendo a Lei nº 12/2005 disciplinado de forma minuciosa o acesso à informação genética. Esta lei estabelece, expressamente, o princípio da não discriminação genética, ao vedar, no seu artigo 11, item 1, a prática da discriminação genética nas suas mais variadas manifestações<sup>167</sup>.

Em atenção aos problemas da discriminação genética nas relações de emprego, a Lei cuidou, no seu artigo 13, dos testes genéticos no emprego<sup>168</sup>. Vale dizer que no

---

<sup>166</sup> DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1 ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 213.

<sup>167</sup> Lei 12/2005, de Portugal, artigo 11- Ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença ou em função do seu patrimônio genético.

<sup>168</sup> No original: "Artigo 13 -Testes genéticos no emprego 1 - A contratação de novos trabalhadores não pode depender de selecção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos. 2 - Às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos. 3 - Nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou susceptibilidade, ou afectar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, pode ser usada a informação genética relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que tenha em vista a protecção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efectuado após consentimento informado e no seguimento do aconselhamento genético apropriado, que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral. 4 - As situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma excepção ao anteriormente estipulado, observando-se no entanto a restrição imposta no número seguinte. 5 - Nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde actual do trabalhador, devem ser seleccionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador. 6 - Os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse directo de entidades patronais são por estas suportados.



item 1 deste dispositivo ficou estabelecida a vedação à exigência de testes genéticos nos processos seletivos de contratação de empregados e que no item 2 restou proibida a exigência desses testes aos funcionários já contratados, ainda que haja consentimento expreso para a realização do exame por parte do examinado.

Ambos os dispositivos merecem uma crítica positiva, no sentido de que o legislador português agiu com acerto, na medida em que essas exigências consistem nas hipóteses mais recorrentes da discriminação genética nas relações de emprego.

Embora os dois dispositivos ora examinados sejam louváveis e dignos de exemplos para o legislador brasileiro, o item 4 do mesmo dispositivo merece aqui uma crítica devido à sua abrangência. É neste item que o legislador abre as exceções para a possibilidade do acesso e utilização do empregador quanto aos dados genéticos dos candidatos e empregados, quando permite a realização dos testes genéticos nas situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou saúde pública. Ocorre que a falta de regulamentação para as hipóteses trazidas dá margem para fraudes por parte dos empregadores, na medida em que algumas dúvidas são sugeridas, como quem teria acesso ao diagnóstico, qual o procedimento em caso de resultado positivo do teste, se caberia, nesses casos, uma não contratação ou despedida em função das informações genéticas.

E é devido a essas e outras indagações proporcionadas pelo diploma legal aludido que se critica a exceção prevista no item 4 do artigo 13 da lei, por ele acabar retirando grande parte da proteção conferida aos trabalhadores, em virtude da falta de uma regulamentação da lei. É importante destacar que até o presente momento, oito anos após a sua entrada em vigor, nenhuma regulamentação foi realizada, nem revogada tal disposição criticada. Para que seja efetivada a proteção ao empregado contra a discriminação genética no âmbito trabalhista é urgente a necessidade de uma regulamentação a este dispositivo.

#### 4.4.2.2 A Lei contra a discriminação genética nos Estados Unidos

Após treze anos de discussões no Congresso, em 2008 foi promulgada nos Estados Unidos a Lei Contra a Discriminação Genética (G.I.N.A).<sup>169</sup> Esta lei não pode ser considerada como uma inovação no país, pois, quando da sua promulgação, a maioria dos estados americanos já possuía legislação própria sobre a discriminação genética.<sup>170</sup> Mesmo já existindo os diplomas estaduais, sua importância é indiscutível, visto que os complementa e confere certo grau de uniformidade ao tratamento legal da discriminação genética.

Diferente do diploma português, a G.I.N.A regula apenas a discriminação genética nas relações de emprego e nos seguros de saúde, o que é um aspecto da lei merecedor de crítica, pois outros alcances da matéria ficam desprotegidos, como nos contratos de seguro saúde, relações familiares, imposições do Estado, de instituições de ensino e muitas outras expressões da discriminação genética.

A lei em comento veda o uso das informações genéticas para fins de contratação, promoção ou despedida de funcionários. Desta maneira, entende ser ilegal o conhecimento pelo empregador dos dados genéticos dos seus candidatos e empregados, proibindo o acesso (adquirir, exigir ou solicitar o recebimento) de dados genéticos dos examinados ou de seus familiares.<sup>171</sup>

Assim como a legislação portuguesa, a Lei americana também estabelece exceções, visto entender o legislador americano que em algumas hipóteses seria possível o acesso e utilização dos dados genéticos pelo empregador sem que fosse configurado o ilícito. Seria o caso de o empregado, de forma prévia, voluntária e escrita consentir com o exame, bem como quando da mesma maneira a empresa aplicar teste genético porque fazem parte de programa por ela criado, que utilize a medicina genética para promover a saúde do funcionário.

---

<sup>169</sup> A sigla G.I.N.A refere-se ao nome em inglês dado a esse diploma legal: *Genetic Information Nondiscrimination Act*.

<sup>170</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

<sup>171</sup> ESTADOS UNIDOS, *Genetic Information Nondiscrimination Act.*, Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>>. Acesso em: 14 maio 2013.

#### 4.4.3 Declarações internacionais

No âmbito das Nações Unidas, maior fórum de discussões das questões de relevância internacional, e especificamente em função da força da atuação da UNESCO, existem algumas declarações de direitos de grande importância para o tema ora discutido.

Essa importância, em consonância com as suas universalidades, resulta do fato de que representam um consenso mínimo acerca das normas de bioética adotado por todos os Estados, sendo utilizadas de base para a criação das respectivas legislações internas.

Merecerão uma breve análise algumas delas, pois se entende que podem ser utilizadas como guia de interpretação das legislações internas, como já mencionadas no decorrer deste trabalho. Elas são utilizadas como parâmetro de hermenêutica, para preenchimento de lacunas eventualmente existentes, além de servirem como baliza na atuação dos Estados na proteção dos direitos humanos fundamentais.

O Documento internacional mais destacado é a Declaração Universal sobre Genoma Humano e dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia Geral da UNESCO, em 1997, cujo artigo 6º proclama que “Ninguém poderá ser objeto de discriminação fundadas em suas características genéticas, cujo objeto ou efeitos seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade”.

É cristalina a importância dessa Declaração, em particular quanto a sua força moral, em decorrência de sua aprovação por 186 países, os quais se comprometeram a observá-la. Ela tem como finalidade a criação de padrões éticos a serem adotados pela legislação interna dos países que a aprovaram. Ademais, possui conteúdo globalizador, conseguindo consagrar princípios e valores imprescindíveis, de caráter universal, que devem ser observados por todos, mesmo existindo a diversidade de contextos econômicos, sociais e culturais.

Diante da preocupação da UNESCO acerca do potencial lesivo dos avanços da genética, a Declaração Internacional Sobre os Dados Genéticos Humanos foi aprovada pela Conferência Geral deste organismo internacional, em 2003, com o

objetivo de proteger os dados genéticos humanos, mediante princípios específicos à proteção da privacidade genética.<sup>172</sup> O artigo 7º dessa Carta deixa explícita a posição da UNESCO, ao recomendar que os Estados membros devem se dedicar para garantir que os dados genéticos humanos não sejam utilizados com finalidades discriminatórias, ou que tenham por consequência a violação de direitos humanos, liberdades fundamentais ou a dignidade da pessoa humana.

Em virtude da variedades de questões éticas relacionadas à medicina e às ciências naturais, a UNESCO, ao perceber a necessidade de identidade de princípios bioéticos universais que de fato regulem o desenvolvimento científico e tecnológico, decidiu obter um documento de caráter universal com abrangência mais ampla do que a área genética. Assim, fruto deste pensamento foi a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada em 2005, pela Conferência Geral da UNESCO. Ela cristaliza a ideia da necessidade de controle da ciência com base em princípios éticos. Possui caráter mais amplo do que as duas declarações anteriores, incorporando muitos princípios já nelas contidos e reforçando o compromisso da comunidade internacional com os mesmos. Ela traz expressamente o princípio da não discriminação no seu artigo 11<sup>173</sup>, proibindo que qualquer indivíduo ou grupo seja discriminado ou estigmatizado por qualquer razão.

#### 4.5 ANÁLISE CONCRETA DE CASOS REAIS E EVENTUAIS DE DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Após todas as conceituações, análises das legislações internacionais e de outros países, bem como da inexistência de legislação nacional específica sobre o tema, serão agora analisados casos concretos da discriminação genética nas relações de emprego.

---

<sup>172</sup> Artigo 7 - a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.

<sup>173</sup> Artigo 11 - Não discriminação e não estigmatização - 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 estigmatização.

Mesmo sendo a jurisprudência brasileira precária, quase inóspita quanto a casos de discriminação genética nas relações de emprego, alguns foram os casos encontrados e que merecem uma especial atenção neste trabalho.

#### **4.5.1 Atleta de vôlei: o caso da anemia falciforme**

O primeiro caso diz respeito à discriminação genética sofrida por uma atleta brasileira negra profissional de voleibol, em 2004, identificada como portadora do traço falciforme.<sup>174</sup> A atleta veio a ser afastada da seleção brasileira de vôlei sob a alegação da Confederação Brasileira de Vôlei (CBV) de que a realização do exame para o traço falciforme seria uma medida de proteção à saúde dos atletas.

O teste para a identificação do traço falciforme foi adotado pela CBV como um exame de rotina para os atletas que desejam ingressar nas seleções de voleibol, em virtude dos supostos riscos que a presença deste traço poderia trazer à saúde e, conseqüentemente, ao desempenho dos atletas. Ocorre que a medicina do esporte ainda não possui evidências que comprovem a correlação entre possuir o traço falciforme e a inaptidão para o esporte profissional, não havendo dados suficientes na literatura médica acerca do grau de influência da morbidade e da mortalidade dos atletas profissionais possuidores do traço falciforme. Pelo contrário, pois aqueles atletas profissionais que se hidratam e se cuidam para manter as condições físicas adequadas aos esporte conseguem, sim, praticá-los e desenvolvê-los de maneira adequada.

Vale dizer que o traço não é considerado uma doença, havendo controvérsia na literatura médica acerca do impacto dele na atuação de atletas. Embora haja pouca evidência científica sobre o tema, pesquisas de referências mostram que possuir o traço não é condição que impeça a prática de esportes ou mesmo que coloque em risco a vida e a saúde quando observadas as indicações regulares a todos os demais atletas, como hidratação constate e uso de roupas e equipamentos adequados.

Diferenças metabólicas podem, de fato, serem apresentadas quando comparados os

---

<sup>174</sup> GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **Rev. Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: PHYSIS, 2007, p. 501-520.

quadros de atletas com e sem traço falciforme. Entretanto, essas diferenças não são suficientes para impedirem a prática profissional de esportes, de acordo com a literatura médica, sobretudo pelo tamanho da amostra e condições metodológicas nas quais as pesquisas científicas foram realizadas.

Quanto ao caso em comento, a atleta recebeu, em 2004, convocação para disputar uma vaga na seleção que representaria o Brasil em campeonato internacional, quando, como de costume para todos os atletas de voleibol nesta situação, fora obrigada a realizar o exame que detectou que a mesma era portadora do traço falciforme.

O seu técnico lhe informou que a sua dispensa se dava por razões de saúde, médicas, visto ser a sua característica genética um impeditivo para sua convocação; não se tratava de questões técnicas, já que a atleta era uma das melhores da convocação, preenchendo todos os quesitos técnicos esportistas.

Fora alegado que poderia a atleta, inclusive, ter uma morte súbita se submetida à esforços físicos exacerbados, sendo apresentada pela CBV como uma contraindicação a prática de esportes por pessoas com traço falciforme.

Um dos maiores erros da situação apresentada se deu por ter o médico que a atendeu qualificado o traço como uma doença. Esta não é uma interpretação médica e científica coerente, pois a simples presença do traço não é uma doença. Há um consenso médico que as pessoas portadoras da anemia falciforme devem ter cuidado com atividades que demandem esforço físico, pois esta é uma doença que afeta as hemoglobinas e, por isso, dificultam o transporte de oxigênio. Mas o traço não, e não deve ser confundida com a doença.

Surpresa com a notícia de ser portadora do traço e da decisão da CBV, a atleta procurou informações mais consistentes e aprofundadas sobre sua situação, quando, inconformada com a postura da confederação, procurou pareceres médicos especializados que diante da contestação pública fizeram com que a CBV decidisse pela reintegração da jogadora à seleção de vôlei. Porém, tal medida foi tardia, pois na ocasião da cerimônia de reintegração da atleta a seleção já estava retornando do Campeonato Sul-Americano, o que, obviamente, impossibilitou a atleta de jogar.

Ainda que reintegrada à seleção, a então identidade genética da atleta lhe trouxe uma nova rotina e uma evidente discriminação genética por parte da CBV e dos demais clubes. Receosos do futuro de uma portadora de traço falciforme, preferiam por não convocá-la, ainda que pelo fundamento da desinformação sobre o

significado do traço, haja vista o contexto competitivo de seleção de atletas, permanecendo a suspeita da expectativa de riscos.

Demonstra-se, com o caso ora apresentado, que a atleta foi discriminada por ser portadora do traço falciforme. O seu afastamento da equipe da seleção brasileira e sua frustração pela impossibilidade da carreira profissional não se justificaram por razões de cuidados médicos ou por medidas de prudência, como alegado pela CBV; outra razão não foi do que a desinformação sobre o significado real do traço falciforme. E foi justamente essa desinformação que ocasionou um erro médico, - que não soube diferenciar o traço da anemia falciforme - ou de valores eugênicos, os quais se baseiam que apenas atletas mais próximos de um ideal genético fariam parte da seleção.

E assim, na busca de um ideal genético, não interessava realmente saber se o traço era ou não uma doença, se implicava ou não na restrição à prática de esportes – apenas bastava ser uma variante da espécie que simbolizava uma desvantagem. No final, o corpo da atleta passou a ser visto como uma inaptidão, e ela tratada como uma “doente sadia”.

Conclui-se que a argumentação trazida pela CBV de ser o teste genético para o traço falciforme uma medida de proteção à saúde no campo das práticas esportistas é uma falácia, que acaba por provocar a estigma e a discriminação genética. E ocorre a discriminação porque a informação genética obtida recebe uma autoridade capaz de confabular prognósticos que não se baseiam em evidências, implicando restrições a direitos, bem como mecanismos de opressão social. Na atleta do caso narrado, a identidade genética impediu sua participação na competição e lhe acarretou recomendações para um redirecionamento à suas escolhas profissionais. Este caso real consegue provar a importância de se enfrentar seriamente a informação genética, seu acesso e utilização como tema de contexto social que demanda legislação e regulamentação específica, para que direitos da personalidade sejam preservados e normas programáticas efetivadas. Pois são enormes e próximos os riscos quanto ao uso indiscriminado da informação genética no Brasil, onde inexistem diretrizes claras para seu acesso, utilização e impacto ético, em especial por parte dos empregadores. Faz-se necessária, também, atenção especial aos profissionais para o aconselhamento genético.

É inquestionável que o avanço da biotecnologia possibilitou inúmeros avanços e progressos para a sociedade. Porém, com ele vieram consequências indesejáveis e

prejudiciais às pessoas, como a utilização da informação genética de uma atleta para condenação de sua trajetória profissional. E o caso narrado comprova o quão importante é o direito de ser testado, de ser ou não informado sobre o resultado de exames, sobretudo na ausência de propósitos para a realização dos testes e de profissionais capacitados para o aconselhamento genético .

#### **4.5.2 Pedreiro e alergia a cimento: outra perspectiva para o uso da informação genética**

Passa-se, agora, a análise da reclamação trabalhista, processo nº 00644.2009.004.05.00.2<sup>175</sup>, em trâmite na 4ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia, no qual o Reclamante pleiteia danos morais e materiais em razão de suposto acidente de trabalho, que em verdade, seria uma doença ocupacional, ocasionado em razão do contato do empregado com um produto químico que lhe desenvolveu um quadro de dermatose (processo alérgico).

Trata-se de um ex-empregado que trabalhava para uma empresa de Engenharia e Empreendimentos, realizando, na função de pedreiro, atividades rotineiras à construção civil, como construção de prédios residenciais e atividades de manutenção e conservação de imóveis. Essa atividade, lógica e obviamente, requer a utilização de materiais que contém as mais variadas substâncias químicas, a exemplo do cimento, presentes ordinariamente em vários produtos do cotidiano, estas que são normalmente toleradas e consideradas inócuas à maioria das pessoas, como o níquel, que é encontrado em objetos como tesoura, zíper, moeda, caneta e o biocloreto de mercúrio, que compõem desde cosméticos em geral, desinfetantes até amalgama dentário.

Ocorre que o empregado, por possuir uma predisposição para desenvolver alergia a estas substâncias, teve desencadeado um processo alérgico devido ao manuseio frequente com estas, vindo a aparecer em seu corpo, mais especificamente nos

---

<sup>175</sup> Não foram apresentados os dados reais das partes envolvidas por questões éticas, sendo disponibilizado o processo em curso no site no TRT5(BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0064400-36.2009.5.05.0004. Quarta Vara do Trabalho de Salvador – Bahia. Julgado em 08 nov. de 2012. Disponível em: <[http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&p\\_seq\\_proc=00644&p\\_ano\\_proc=2009&p\\_cod\\_vara=004&p\\_regiao=05&p\\_seq\\_apart=00&p\\_dig\\_verif=&tipo\\_numero=2](http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&p_seq_proc=00644&p_ano_proc=2009&p_cod_vara=004&p_regiao=05&p_seq_apart=00&p_dig_verif=&tipo_numero=2)>. Acesso em: 01 dez. 2012.)



membros superiores, manchas, evoluindo para pequenas feridas, alegando em sua reclamação trabalhista dermatose ocupacional.

A doença que acometeu o empregado não possui, entretanto, relação direta ou indireta com o ofício por ele desempenhado. Ela decorre de predisposição genética para apresentação de dermatose de contato<sup>176</sup>, conforme diagnóstico da medicina do trabalho. O empregado era portador de alergia de contato, por inalantes e alimentar a diversas substâncias que estão presentes no dia a dia das pessoas. Ou seja, estar-se-ia diante de uma pessoa atópica - aquela que manifesta sensibilidade anormal, no caso, alergia, às mais variadas substâncias cotidianas, como o níquel e o biocloreto de mercúrio -, que tem predisposição a apresentar dermatose de contato.

A literatura médica mostra que tudo depende da suscetibilidade do portador dessa síndrome, o que exclui a suspeita de ter qualquer ligação com as funções desempenhadas ao empregador. Os estudos clínicos indicam que nem todos os indivíduos desenvolvem reação alérgica ao se exporem aos “alérgenos”. Existe uma probabilidade de que haja uma contribuição genética ao desenvolvimento das doenças alérgicas, que se transmite hereditariamente.

Assim sendo, não existiu no caso do processo em comento nexos causal entre o problema apresentado pelo empregado e seu trabalho no período em que prestou serviços ao empregador. Provou-se esta conclusão demonstrando o empregador não ter histórico de empregados portadores da mesma patologia em mais de dez anos de atividade ininterrupta no ramo da construção civil. E devido à falta de nexos causal, não poderia ser imputada responsabilidade ao empregador por qualquer dano que possa ter experimentado o empregado em função da doença que padeceu, qual tenha sido, a mera alergia. E vale dizer que os empregados da reclamada sempre foram submetidos aos exames médicos impostos pelo art. 168 da CLT, realizados em clínicas médicas especializadas.

Julgados improcedentes os pedidos do Reclamante, a juíza se utilizou de fundamentação bastante louvada e acertada para demonstrar que a alergia de um pedreiro a seu material diário e inevitável de trabalho – o cimento – não poderia prejudicar à empresa contratante do seus serviços, na medida em que aquela

---

<sup>176</sup> Tal enfermidade é uma das modalidades de dermatite de contato, que se caracteriza, em confronto com a dermatite de contato por irritante, por somente se desenvolver naquelas pessoas que são alérgicas a determinados agentes, os chamados alérgenos. No caso do processo em comento, o cimento.

patologia se desenvolveria ainda com todos os cuidados e precauções médicas devidos e realizados.

A configuração pleiteada de acidente de trabalho (em verdade, doença ocupacional) foi enquadrada, de acordo com os conceitos trazidos pelo art. 20, I e II da Lei 8.213/91<sup>177</sup>, no contexto de que a alegada dermatose de contato do empregado se desenvolveu em razão das condições de labor que lhe eram impostas.

Restou claro que, em razão do empregado exercer as funções de um pedreiro, trabalhando com contato direto com cimento, ao qual é alérgico, as suas atividades laborativas foram consideradas como um fator agravante ou desencadeante da patologia.

Sendo assim, mais do que evidente se comprovou que a doença ocupacional só acometeu o reclamante porque este teria predisposição genética. O perito do processo inclusive indicou que ainda que o empregado trabalhasse para outra empresa, a dermatose de contato teria aparecido e que não houve nenhuma evidência da negligência por parte do empregador. Não teria como a Reclamada prever a existência desta peculiaridade do Reclamante se este jamais referiu ter a citada predisposição ou ante à inexistência de teste genético para fins laborais. Logo, não seria razoável exigir que a empresa adivinhasse o imprevisível. Apenas a adoção de testes genéticos específicos para este fim seria capaz de diagnosticar a predisposição do empregado e, assim, ter evitado o desencadeamento da sua doença.

É justamente este o entendimento do Desembargador Sebastião de Oliveira,<sup>178</sup> do TRT da 3ª Região:

Na questão de segurança e saúde ocupacional, o empregador tem obrigação de adotar a diligência necessária para evitar os acidentes e as doenças relacionadas com o trabalho, devendo considerar todas as hipóteses razoavelmente previsíveis de dano ou ofensas à saúde do trabalhador. (...) só há o dever de evitar o dano que for razoável prever. E previsível é aquilo que tem certo grau de probabilidade de ocorrer. Por outro lado, aquelas ocorrências imprevistas ou inevitáveis, que mesmo o

---

<sup>177</sup> Lei 8.213/91 - O acidente de trabalho típico é conceituado como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa(...) provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. O art. 20 desta lei amplia o seu conceito, considerando também acidente de trabalho duas modalidades de doenças ocupacionais - art 20 - I - a doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I

<sup>178</sup> DE OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p 160.

empresário mais diligente não as teria considerado, escapam ao controle patronal e estão fora da área de abrangência da culpa, atingindo o território limítrofe do caso fortuito, da força maior ou fato de terceiro.

Finalizando a sentença, a juíza declara seu entendimento de que o laudo pericial e os exames juntados pelo Reclamante, em verdade, revelaram que ele é uma pessoa extremamente alérgica, sendo a sua alergia possível de se desencadear pelas mais variadas substâncias, desde o pelo de gato, lã, a ingestão de amendoim, comprovando a inexistência de culpa por parte do empregador, em face da predisposição do empregado para com a doença. Não se pode olvidar, ainda, que o empregador adotou todos os procedimentos de segurança e medicina do trabalho. E por todas as razões trazidas e aqui argumentadas que foram indeferidos os pedidos de pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Assim, o caso ora apresentado poderia ter sido evitado, tanto no que se refere ao seu processamento no judiciário, como de ter sido a doença desenvolvida, se as informações genéticas recebessem a atenção e normatização devida na atual conjuntura no Direito brasileiro.

Com a hipótese evidenciada, quer-se analisar que a identificação das informações genéticas do empregado seriam, para o caso em comento, de extrema importância, na medida em que não desenvolveria uma doença a qual tinha o empregado predisposição genética para desenvolver – dermatose -, e com isso não acarretaria que o empregador viesse a arcar com os custos de uma possível indenização, quiçá com o dispêndio financeiro com a contratação de um profissional que lhe gerou gastos. A análise das informações genéticas do empregado, neste caso, poderia ter sido utilizada não para fins discriminatórios, impedindo-o de trabalhar para o empregador, porém numa redistribuições de funções, na medida em que contratá-lo para a função a qual realizou foi prejudicial tanto para o empregador, que não pôde investir da maneira pretendida naquele empregado, representando, porém, elevado esforço econômico para a empresa, quanto e principalmente para o empregado, que desenvolveu uma doença que poderia ter se mantido apenas como uma predisposição, se não fosse o contato do indivíduo com as substâncias alérgicas. Poderia ter sido realizado um teste genético no momento da contratação do pedreiro, já que ele, assim como todos os outros, trabalha com produto químico – cimento. Ou seja, ter-se-ia acesso à informação genética do empregado, para poder usá-la de maneira razoável e adequada à proteção da saúde do empregado e dos

interesses trabalhistas/econômicos do empregador, sem serem configurados fins eugênicos e discriminatórios em tais condutas.

Este caso concreto é equivalente justamente à situação excepcional, trazida no ponto 4.1, de legitimidade da utilização da informação genética dos empregados pelo empregador, para benefício do próprio trabalhador ou candidato.

## 5 CONCLUSÃO

É inquestionável o grande número de benefícios alcançados com a evolução das pesquisas genéticas. Posiciona-se, aqui, a favor do conhecimento científico. Ocorre que o potencial ofensivo e agressor das novas técnicas da biotecnologia na área da genética consegue equiparar a vasta extensão de benefícios à grande quantidade de malefícios por elas causados.

Não se pode olvidar que os benefícios decorrem da utilização que se dá para às informações, assim como às utilizações prejudiciais também podem ocorrer, como é o caso da discriminação genética, e este é um problema que precisa ser combatido.

Conclui-se que uma das áreas que mais se valem e irão se valer das informações genéticas é a trabalhista, considerando que o empregador não queira arriscar contratar ou manter alguém com predisposição genética para o desenvolvimento de certa patologia, não querendo, assim, assumir eventuais riscos econômicos.

Ocorre que esta conduta sustenta uma prática discriminatória, que acaba por violar direitos fundamentais e da personalidade do indivíduo. Assim, elas devem ser combatidas, não podendo o empregador se utilizar das informações genéticas dos empregados e candidatos para fins discriminatórios.

A partir da análise do conceito e fundamentos do poder diretivo do empregador, constatou-se que ele não é absoluto, e por isso encontra limites para o seu exercício. Desta maneira, ele não pode ser fundamento para a discriminação genética, como forma de o empregador escolher o que é melhor economicamente para sua empresa, pois está a prejudicar o empregado, violando direitos básicos deste.

Ademais, os testes genéticos não indicam certezas, porém probabilidades, o que se mostra desarrazoado, porque prejudica um empregado sem se ter a convicção de que ele será um prejuízo real para a empresa.

No Brasil, inexistente uma regulamentação específica contra a discriminação genética nas relações de emprego, quiçá penalidades sugeridas, o que potencializa a sua prática. Para isso, inclusive, que se propõe este trabalho, com intuito de fomentar debate tão necessário, ensejando que a proteção dos dados genéticos nas relações

de emprego venha a ser definitivamente regulamentado. No restante do mundo, as experiências jurídicas são no sentido de proibição da discriminação genética, sobretudo nas relações de emprego. Para reforçar a tese, a Organização das Nações Unidas, mediante a Unesco, posiciona-se desde 1997 também no sentido da proibição da discriminação genética, na Declaração de Direitos do Homem e do Genoma Humano.

Utilizando-se como parâmetro a Constituição Federal e seus princípios (em especial a cláusula geral da proibição de quaisquer formas de discriminação), além da legislação infraconstitucional aqui apresentada e dos modelos internacionais, conclui-se pela vedação ao acesso e utilização das informações genéticas nas relações de emprego, por violarem princípios fundamentais do empregado e caracterizarem-se como uma prática discriminatória, o que é fortemente expurgado pelo Direito brasileiro.

Apenas em dois casos excepcionais configura-se-á legítima sua utilização, quais sejam, quando a informação genética do empregado ou candidato seja utilizada para evitar a exposição do indivíduo com predisposição a uma determinada doença genética ou suscetibilidade a determinadas substâncias à ambientes que agravem ou coloquem em risco ainda maior à sua saúde – ou seja, em seu benefício – e quando o risco de uma doença no empregado venha potencialmente a causar grandes danos a terceiros, como doenças que acometam pilotos de avião.

A utilização dos dados genéticos nas relações de emprego camufla um objetivo eugênico, no qual se está em busca do “profissional perfeito”, sendo menosprezados os “enfermos sadios”.

Portanto, a prática da discriminação genética nas relações de emprego é uma conduta a ser combatida, pois fere o direito do ser humano à igualdade e o direito de não sofrer discriminação por critérios injustos. A presença de um gene deletério ou que enseje determinado comportamento ou características indesejadas não pode ser fundamento para negação de direitos e possibilidades, pois no momento de formação do negócio jurídico, como o contrato de trabalho, não se está doente ou incapacitado.

Reduzir o empregado a seu conjunto genético – reducionismo genético – atinge a dignidade da pessoa humana, propagando a concepção de ser o homem mero

objeto da natureza, incapaz de superar as adversidades. A discriminação genética, assim, apresenta o homem não como um agente de sua própria vida, porém sujeito de seu futuro, refém de um destino biológico do qual não poderia escapar e contra o qual não poderia lutar. Isso, de fato, viola o fator de igualdade que foi adotado pela norma constitucional, devendo ser sempre combatido para consagrar o valor social consistente em não reduzir a pessoa a sua carga genética.

E assim, conclui-se que a discriminação genética nas relações de emprego fere os direitos que o ordenamento jurídico brasileiro assegura ao homem para seu pleno desenvolvimento, motivo pelo qual é prática não admitida no Brasil.

## REFERÊNCIAS

**A importância do aconselhamento genético.** Disponível em:

<<http://www.embrioconsult.com.br/aconselhamento-genetico.php>>. Acesso em 02 jun. 2013

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de . **As técnicas de seleção de pessoal realizadas na admissão do trabalhador.** Disponível em :

<<http://jus.com.br/revista/texto/18898/as-tecnicas-de-selecao-de-pessoal-realizadas-na-admissao-do-trabalhador>>. Acesso em 23 set. 2012.

ARAUJO, Antônio Castro Alves de. **Seleção pelo DNA:** discriminação genética é uma ameaça ao trabalho. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0064400-36.2009.5.05.0004. Quarta Vara do Trabalho de Salvador – Bahia. Julgado em 08 nov. de 2012. Disponível em:

<[http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&\\_p\\_seq\\_proc=00644&\\_p\\_ano\\_proc=2009&\\_p\\_cod\\_vara=004&\\_p\\_regiao=05&\\_p\\_seq\\_apart=00&\\_p\\_dig\\_verif=&tipo\\_numero=2](http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&_p_seq_proc=00644&_p_ano_proc=2009&_p_cod_vara=004&_p_regiao=05&_p_seq_apart=00&_p_dig_verif=&tipo_numero=2)>. Acesso em: 01 dez. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1989, v.01.

BRASIL. **Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006

\_\_\_\_\_. **Código penal.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 04 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213,** de 24 de julho de 1991. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.020/95,** de 13 de abril de 1995. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm)>. Acesso em 23 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.799/99,** de 26 de maio de 1999. Disponível em:



<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/mulei9799.htm>>. Acesso em: 05 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.105/2005**, de 24 de março de 2005. Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm)>. Acesso em: 23 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Norma Regulamentadora Nº 07**. Programa De Controle Médico De Saúde Ocupacional. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/05/mtb/7.htm>>. Acesso em 05 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei 149/97**, de autoria do senador Lúcio Alcantara. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/pls149.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm)>. Acesso em: 12 maio 2013.

CARNEIRO, Mirinaide. Discriminação no emprego ou profissão. *In*: SOUZA, Ronald Amorim e (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho**. Salvador: Gráfica Trio, 1997, p. 163-178.

CASABOBA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBBCrim, 1999

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

CONSELHO FEREDAL DE MEDICINA. Código de Ética da Medicina. Disponível em: <[http://www.crmpe.com.br/pdf/codigo\\_etica\\_medica.pdf](http://www.crmpe.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v.01.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012

DE OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. 1. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba:

Juruá, 2010

ELUF-NETO, José; Wünsch-Filho, Victor. **Screening faz bem à saúde?** Rev. Assoc. Med. Bras. vol.46, n.4 São Paulo, Oct./Dec. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000400028&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000400028&script=sci_arttext)> . Acesso em 03 maio 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADOS UNIDOS, *Genetic Information Nondiscrimination Act*. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>>. Acesso em: 14 maio 2013.

GALÁN CORTÉS, Julio César. **Responsabilidad médica y consentimiento informado**. Madrid: Civitas, 2002

GLOBO. **Com receio de câncer, Angelina Jolie faz cirurgia para retirar os seios**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2013/05/com-receio-de-cancer-angelina-jolie-retira-os-seios.html>> . Acesso em: 14 maio 2013.

GRIFFITHS, Anthony J.F. **Introdução à genética**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Débora. **Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil**. Rev. Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: PHYSIS, 2007, p. 501-520.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

JOLIE, Angelina. **My medical choice**. New York Times. Nova York, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/05/14/opinion/my-medical-choice.html?hp>>. Acesso em: 14 maio 2013.

LEITE, Rafaela Corrêa; RIOS, Sílvia Carine Tramontin. **Momentos do controle durante a contratação**. Curitiba: Juruá, 2008.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**. Curitiba: Juruá, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascarenhas. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASSIF, Elaine Noronha. **Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação**. Rev. Trib. Re. Tra. 3ª Reg. Belo Horizonte. Pg. 109-118. Jul/dez 99. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_60/Elaine\\_Nassif.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf)>. Acesso em 10 maio 2013.

NAVARRO, Andreyra Mendes de Almeida Scherer. **O obscuro objeto do poder: ética e direito na sociedade biotecnológica**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juri, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8950>>. Acesso em: 4 maio 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158 da OIT**. Disponível em : <<http://www.oit.org.br/content/término-da-relação-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 05 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Convenção 111 da OIT**. Disponível em : < <http://www.oit.org.br/node/472>> Acesso em: 05 maio 2013.

PARÁIBA. Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão nº 106583 PB 00973.2008.006.13.00-1. Primeira Turma. Relator: Wolney De Macedo Cordeiro. Julgado em: 07 maio 2009,. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5629814/recurso-ordinario-ro-106583-pb-0097320080061300-1-trt-13>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007.

PORTUGAL, **Lei nº 12/2005**. Disponível em:  
<<http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>> . Acesso em: 14 maio 2013.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 4.121/2003**. Disponível em:  
<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/48446288c242133083256d910069d48e?OpenDocument>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

ROMEIRA, Regina Célia Pawlovski Mena. **Algumas implicações psicológicas da testagem genética para câncer de mama/ovário**. Psicol. Am. Lat., México, n. 9, abr. 2007 . Disponível em  
<[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-350X2007000100012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2007000100012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 03 maio 2013.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**.  
**Disponível em:**

<[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em:<<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direito Humano**. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.