



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

REUBER ALBUQUERQUE HEREDA

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO
EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Salvador
2015

REUBER ALBUQUERQUE HEREDA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO
EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA**

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

Orientadora: Prof. Adriana Brasil Vieira Wzykowski

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

REUBER ALBUQUERQUE HEREDA

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

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, ____/____/ 2015

Aos
meus amados pais e à minha amada
namorada por todo o carinho, apoio e
paciência durante a realização deste
trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por ter me dado força e coragem para superar as adversidades e chegar até o fim dessa jornada.

À minha mãe, Rita Bonadia, pelo amor, carinho e cuidado que a senhora sempre teve comigo, pelo exemplo de vida, não só de luta, força, dedicação e perseverança, mas também de caráter, bondade e honestidade que ajudaram na minha formação pessoal.

Ao meu pai, Marco Hereda, pelo apoio, pela ajuda, confiança e por acreditar no meu potencial, também pelo exemplo de responsabilidade, integridade e bondade que foram importantes para meu desenvolvimento.

À minha namorada, Clara Oliveira, por ter me dado forças e contribuir com todo seu entusiasmo nas horas que precisei, pela grande ajuda e compreensão durante todo esse momento e pelo amor e carinho que sempre estiveram presentes e que me faz querer estar com ela a todo momento.

À professora Adriana Wyzykowski, pelos ensinamentos, ajuda, paciência e incentivo durante a excelente orientação que me foi dada, essenciais para a realização de um bom trabalho acadêmico e que contribuiu bastante para o meu aprendizado.

À minha família, por tudo que já fizeram por mim e pelos momentos de alegrias que me proporcionaram.

Aos grandes amigos que fiz durante o curso e que me ajudaram nos momentos difíceis de estudo.

“A ciência nunca resolve um problema sem criar pelo menos outros dez”.

George Bernard Shaw

RESUMO

O avanço da ciência e da tecnologia repercute não só na sociedade de modo geral, como nas diversas áreas do conhecimento, e trouxe como um de seus benefícios o mapeamento genético oriundo do Projeto Genoma Humano. Contudo, o progresso científico que possibilitou o conhecimento genético também levantou uma série de debates ético-jurídicos, buscando impor limites ao uso de tais informações, com o intuito de resguardar a dignidade humana. Então, com base no estudo bibliográfico a respeito da matéria, o presente trabalho tem como objetivo a análise da (in)admissibilidade do uso dos dados genéticos do indivíduo como fator definitivo para sua admissão no emprego e ingresso no mercado de trabalho. Do exame da Constituição Federal, de declarações internacionais sobre o tema e da legislação trabalhista, buscam-se normas de proteção à intimidade genética do trabalhador em face do poder diretivo do empregador, como também os fundamentos necessários para a possível responsabilização civil deste na fase que antecede o contrato de emprego. Tal problema assume especial importância nas relações empregatícias uma vez que o acesso a essas informações pelo empregador propiciam práticas de discriminação fundadas nas características genéticas do candidato à vaga de emprego. Discute-se também possíveis situações em que há legitimidade para o acesso aos dados genéticos do trabalhador, sempre resguardando porém, princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, não-discriminação e o direito personalíssimo à intimidade genética. Já sobre a responsabilidade civil pré-contratual, mostra-se seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva, o qual deve permear todas as relações jurídicas, inclusive na esfera trabalhista, sendo que sua inobservância poderá acarretar lesão à bens jurídicos morais ou patrimoniais. Por fim, examina-se o problema sob a ótica processual discorrendo sobre as dificuldades probatórias existentes para se discutir a discriminação genética no âmbito laboral, bem como as formas de indenização possíveis e seus meios de quantificação, além da competência da Justiça do Trabalho para resolver tais demandas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil pré-contratual; discriminação genética; direitos da personalidade; intimidade genética; direitos fundamentais; relação de emprego.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADN	Acido Desoxirribonucleico
AIDS	<i>acquired immunodeficiency syndrome</i>
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Coord.	Coordenador(es)
CPC	Código de Processo Civil
DNA	<i>deoxyribonucleic acid</i>
ed.	edição
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
n.	número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador(es)
p.	página
PGH	Projeto Genoma Humano
PL	Projeto de Lei
rev.	revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
v.	Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 CONCEITO.....	16
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	18
2.2.1 Conduta humana	19
2.2.2 Dano	20
2.2.3 Nexo de causalidade	23
2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE.....	24
2.3.1 Objetiva x subjetiva	25
2.3.2 Contratual x extracontratual	28
2.3.3 Pré-contratual	29
2.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA APLICADO NA SEARA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E NOS CONTRATOS.....	32
2.5 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO.....	38
3 A IDENTIDADE GENÉTICA E A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	41
3.1 NOÇÕES BÁSICAS A RESPEITO DO GENOMA HUMANO E PROJETO GENOMA	45
3.2 EUGENIA.....	48
3.2.1 Conceito	50
3.2.2 Problemas acerca do determinismo genético	51
3.3 DADOS GENÉTICOS, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	54
3.3.1 Definição e características dos direitos da personalidade	61
3.3.2 O direito à intimidade a luz da dignidade humana	64
3.3.3 Os dados genéticos e o direito fundamental à intimidade	69
4 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA	75
4.1 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO.....	77
4.2 A DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	82

4.2.1 O direito fundamental à igualdade na relação de emprego e a proteção ao trabalhador.....	86
4.2.2 Formas de seleção de pessoal.....	90
5 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA.....	98
5.1 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA DO TRABALHADOR.....	98
5.1.1 Proteção à intimidade genética.....	101
5.1.2 Proibição da discriminação em razão das características genéticas.....	106
5.1.3 Limites.....	109
5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA.....	113
5.2.1 A discriminação genética e a responsabilidade pré-contratual.....	114
5.2.2 O dever de reparação na fase pré-contratual.....	115
5.2.2.1 Tutela jurisdicional.....	121
5.2.2.2 <i>Quantum</i> indenizatório.....	124
5.2.2.3 Problema da questão probatória na discriminação genética.....	127
6 CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS.....	136

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a responsabilidade civil do empregador pelos danos causados ao trabalhador em virtude de discriminação genética durante a fase que antecede a formação do contrato de emprego.

Diante de tantas discussões acerca do conhecimento dos genes e da eugenia possibilitado pela ciência assim como sobre a realização do exame de investigação genética como critério admissional na relação de emprego, se faz necessário um aprofundamento maior sobre esse problema, bem como ele se relaciona com o momento de formação do contrato e com o poder diretivo do empregador assim como as disposições acerca do Código Civil, da Constituição Federal de 1988 e das Consolidações das Leis do Trabalho, visando coibir possíveis violações aos direitos da personalidade.

Na atual sociedade capitalista onde o progresso e o lucro são fundamentais para a atividade empresarial e comercial, o empregador está sempre buscando diminuir seus gastos e aperfeiçoar seus resultados. Ocorre que, o poder diretivo deste, decorrente do contrato de emprego, não justifica a exigência desse exame como critério admissional do empregado, e isto traz uma série de problemas e discussões ético-jurídicas em face da discriminação que lhe é conferida.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 5º, o princípio da igualdade como direito fundamental, bem como, em seu art. 3º, a proibição a qualquer tipo de discriminação como forma de garantir os direitos individuais e proteger a dignidade da pessoa humana.

Ademais, é cediço que o Estado brasileiro teve sua história marcada pela discriminação e hoje busca promover a igualdade através de políticas afirmativas de inclusão, sendo assim, permitir qualquer prática discriminatória é um paradoxo. Em verdade, tal problema nunca deixou de existir, estando apenas "mascarado" por todo esse tempo, o que se torna perceptível quando, eventualmente, busca-se resguardar os direitos de determinado grupo, como no caso dos negros e homossexuais.

O exame genético vem sendo cada vez mais utilizado como forma de admissão para um contrato de emprego. É uma forma de seleção que realiza todo o mapeamento dos genes do candidato à vaga para saber se existe a possibilidade desse indivíduo desenvolver,

futuramente, algum tipo de doença que inviabilize a realização do trabalho, buscando evitar qualquer ônus para o empregador em virtude do afastamento do empregado.

Dessa forma, deve-se analisar até que ponto a investigação genética extrapola os limites legais, as consequências tecnológicas desses exames na seara trabalhista, bem como o dever de indenizar o "empregado" pelo dano causado em virtude da violação dos deveres relacionados à boa-fé objetiva e da quebra do pré-contrato fundado na discriminação genética. Busca-se também abordar os diversos aspectos e entendimentos a respeito do assunto no Brasil, tais como projetos de leis, decisões de tribunais e jurisprudências acerca do tema.

Utilizou-se o método dialético para abordagem do tema através de uma pesquisa bibliográfica e eletrônica. Além da doutrina nacional especializada, também foram consultadas a legislação e a jurisprudência pátria relacionada ao assunto para proporcionar o embasamento científico do trabalho.

A partir disso, o primeiro capítulo de desenvolvimento se reservou ao estudo geral da responsabilidade civil, trazendo o conceito de tal instituto, analisando seus elementos e discorrendo sobre suas espécies, bem como sua relação com o princípio da boa-fé objetiva. Depois, aborda essa incidência na seara trabalhista, objetivando o entendimento futuro da responsabilidade civil na fase pré-contratual das relações empregatícias.

O segundo capítulo objetiva tratar da tutela jurídica acerca das informações genéticas com base nos estudos da Bioética e do Biodireito bem como sua relação com os direitos fundamentais e direitos da personalidade do indivíduo. Para isso, dar-se-á uma noção acerca do estudo dos genes e será feito um breve relato sobre a origem e o objetivo do Projeto Genoma, mostrando de que forma o conhecimento desses dados poderá levar à adoção de práticas eugênicas e deterministas. Tal capítulo também trará a definição e as características dos direitos da personalidade em virtude da estrita relação que os dados genéticos guardam com o direito à intimidade e com a dignidade da pessoa humana, limitando o acesso a tais informações.

Com relação ao terceiro e quarto capítulos de desenvolvimento, será analisado o instituto da responsabilidade civil na fase pré-contratual empregatícia e as diversas práticas discriminatórias utilizadas pelo empregador durante a seleção dos candidatos na fase que antecede o contrato de emprego. Em especial, tratar-se-á da discriminação genética, analisando seus limites em consonância com o princípio da isonomia e sempre buscando a proteção à intimidade. Por fim, discorre-se acerca dos mecanismos judiciais de prevenção e

repressão a tais condutas, sobre o dever de reparação na fase pré-contratual e as possíveis formas de quantificar a indenização por tal dano, bem como o problema referente à produção probatória e a competência da Justiça do Trabalho para resolver tais demandas.

Então, a importância jurídica e o objetivo deste trabalho residem nas formas de proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial, a dignidade da pessoa humana e sua intimidade genética e dos mecanismos disponíveis para resguardar esses direitos dos atos abusivos do empregador, possibilitando, caso isso ocorra, a indenização pelos prejuízos causados como forma de compensação do dano e de desestímulo a tal conduta.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que haja o desenvolvimento lógico e coerente das ideias acerca do tema da responsabilidade civil pré-contratual do empregador por discriminação genética, faz-se mister tratar, primeiramente, da responsabilidade civil de forma geral, trazendo seu conceito, abordando seus elementos e suas espécies, que servirá de base para o entendimento posterior, bem como a construção de um raciocínio referente ao tema.

Primeiramente, será feita uma breve análise acerca da evolução histórica da responsabilidade civil, para o conhecimento de suas origens e também da forma como o instituto foi aplicado ao longo do tempo.

Conforme relata Carlos Roberto Gonçalves:¹

[...] nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal".

Então, num primeiro momento, a responsabilidade civil pautava-se na vingança privada, ou seja, bastava a configuração do dano para que o lesado pudesse reagir, aplicando o mesmo ato ofensivo àquele que causou o prejuízo. Era a ideia de justiça pelas próprias mãos, onde não havia limites à punição e esta dependia exclusivamente do lesado. Posteriormente, no contexto histórico do Código de Manu e do Código de Hamurabi, há a noção da Retaliação legalizada, com isso, passou a existir uma intervenção do Estado no que se refere à vingança, autorizando-a ou a impedindo.²

Sendo assim, percebe-se que, no contexto da vingança privada, a responsabilidade civil era pessoal, respondendo o ofensor com o próprio corpo pelos seus débitos.

Na sucessão temporal surge a ideia da Composição Paritária e Composição Legalizada. No lugar da lesão ao causador do dano, era possível a exigência de bens por parte da vítima, o que mitigou a vingança privada. Com o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, a

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 103.

responsabilidade passou a ser patrimonial, o sujeito deixou de responder com o corpo, e passou a responder com seu patrimônio pelas dívidas.³

Para José Affonso Dallegrave Neto⁴, os primeiros indícios da responsabilidade civil podem ser notados no direito romano, que trouxe a noção de reparação civil pelo dano sofrido tomando como base a culpa como elemento subjetivo, para contrapor a forma objetiva de aferição do dano no direito primitivo, que utilizava a pena como responsabilização pelo prejuízo causado.

Nessa mesma linha, para Carlos Roberto Gonçalves⁵, somente a partir de Roma, a ideia de pena passou a ser diferenciada da reparação, em decorrência da separação entre os delitos públicos e os delitos privados. A função de punir passou para o Estado, ocasionando assim a ação de indenização em virtude da responsabilidade civil.

A *Lex Aquilia* foi uma lei que influenciou bastante a ideia da responsabilidade civil no direito romano, mas que não se sabe ao certo quando foi criada. Sua grande importância se deu em virtude da substituição de multas, que haviam sido fixadas em leis anteriores, induzindo, assim, uma reparação proporcional ao dano causado. Para que esse dano fosse configurado, era necessária a caracterização de alguns elementos, entre eles a culpa. Foi devido à grande importância dessa lei, inclusive, que se originou o termo responsabilidade aquiliana, que hoje se refere à responsabilidade extracontratual.⁶ Dessa forma, a *Lex Aquilia* foi importante para a evolução da responsabilidade civil, pois introduziu o elemento subjetivo da culpa e separou a responsabilidade civil da ideia de pena.

Tempos mais tarde, com o surgimento do estado liberal francês e com a edição do Código Civil Napoleônico, a responsabilidade civil se tornou um princípio geral que, de acordo com as palavras de José Affonso Dallegrave Neto⁷, "passou a ser sistematizada, transformando-se em instituto jurídico calcado na culpa, na qual é manifestada pelo descumprimento de um dever geral de não prejudicar outrem (*neminem laedere*)".

Para os juristas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁸, o elemento culpa foi incorporado pelo código francês que influenciou diversos códigos civis pelo mundo, inclusive o Código Civil

³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 104-105.

⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 4.

⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, 2014, p. 105.

⁷ *Ibidem*, p. 106.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.56.

brasileiro de 1916, o qual dispunha, em um único artigo – 159 - como cláusula geral, a definição da responsabilidade civil como uma responsabilidade subjetiva, sendo necessário comprovar o elemento culpa.⁹ Conclui-se então que o ano de 1916 foi o ano da codificação liberal, que trouxe as ideias de autonomia da vontade, bem como da responsabilidade, fundamentada no conhecimento de culpa.¹⁰

Durante o século XX, a responsabilidade civil evoluiu muito, houve grande aumento da legislação e da produção jurídico-literária a respeito do tema pelo mundo.¹¹ Contudo, o grande problema da configuração do elemento culpa estava na sua dificuldade de comprovação, ocasionando uma série de casos sem a devida reparação. Com isso, a jurisprudência buscou novas soluções, ampliando o conceito de culpa e permitindo a reparação excepcional do dano sem levar em consideração este elemento, para isso, era necessária apenas a comprovação do fato.¹²

A culpa foi perdendo espaço até não ser mais considerada como principal elemento caracterizador da responsabilidade civil. Com o desenvolvimento industrial, com o aumento do número de acidentes, a culpa não pôde continuar sendo a única forma de se auferir a responsabilidade e, com isso, foi se admitindo cada vez mais a ideia de responsabilidade objetiva, na qual, o dever de reparação surge quando provado o dano e o nexo causal, independente de culpa.¹³ Nessa mesma linha dispõe Luiz Edson Fachin:¹⁴

Décadas de debates na jurisprudência e na literatura jurídica brasileira fizeram emergir um viés progressivo de solidarismo social e socialização dos riscos veio chancelar a responsabilidade sem culpa já no começo do Século XX.

Esse tipo de responsabilidade foi disciplinado, primeiramente, por leis especiais, mas ganhou força com a Constituição Federal de 1988 que trouxe a ideia de responsabilidade objetiva, dentre elas, a responsabilidade objetiva do Estado, responsabilidade por danos ao meio ambiente e por dano nuclear. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 consolidou o sistema da responsabilidade civil objetiva.¹⁵

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade Civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. ano 58. n° 397. nov. 2010, p. 13.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2014, p. 2.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.56.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, 2014, p. 5.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.* 2010, p. 13.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.* 2014, p. 5-6.

Com isso, o Código Civil de 2002 passou a adotar também a responsabilidade objetiva. A responsabilidade civil subjetiva não deixou de existir, e o próprio Código Civil de 2002 trouxe os artigos 186 e 927 para tratar do tema, que será visto em momento posterior.

2.1 CONCEITO

O direito positivo diz respeito às regras de extrema importância para o convívio em sociedade, sendo que, de sua inobservância, poderá ocorrer violação à interesses jurídicos. Por isso, condutas que violem as normas jurídicas devem ser rechaçadas pelo direito de forma contundente para que se mantenha a paz social. A responsabilidade civil atua nesse sentido como forma de evitar a violação desses direitos.

A palavra responsabilidade tem sua origem do latim *respondere*, que significa obrigação cogente imposta a alguém em decorrência de consequências relativas à sua conduta.¹⁶ É uma obrigação cogente, pois não há como fugir do dever de indenizar.

Essa obrigação de indenizar decorre da máxima do *neminem laedere*, que é um princípio geral do direito que traz a ideia de que deve haver um limite à esfera de liberdade do indivíduo para que não haja lesão aos direitos, objetivando a manutenção da paz social.¹⁷

A responsabilidade civil foi criada com o objetivo de promover a reparação dos danos, ou seja, se um indivíduo gerar um dano a outrem, este dano deve ser reparado, pois a pessoa que o causou tem a obrigação de assumir as consequências de sua conduta.

Nesse sentido, Eugênio Kruschewsky¹⁸ define responsabilidade civil como:

Ramo do direito que estuda a necessidade das pessoas indenizarem - tornarem indene, sem danos - os prejuízos pelos atos antijurídicos que praticam, de forma intencional ou não, sejam por inobservância da lei, seja por inobservância de contrato.

Para Sergio Cavalieri Filho, o conceito de responsabilidade civil está diretamente ligado à noção de dever jurídico. Para ele, quando se viola um dever jurídico, tem-se o ilícito, que

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.46.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 273.

gerará outro dever jurídico de reparação do dano. Ao primeiro, diz-se que há um dever jurídico originário e ao segundo um dever jurídico sucessivo, decorrente do prejuízo.¹⁹

O dever primário pode decorrer tanto da lei quanto da vontade. Se decorrer da lei, é um dever geral. Se decorrer da vontade, é uma obrigação. A ideia é de que, se houver descumprimento do dever primário, o sujeito poderá ser responsabilizado.

Nesse mesmo sentido, dispõe Sergio Cavalieri Filho:²⁰

A essência de responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

O Código Civil de 2002, nos artigos 186 e 927, disciplina à reparação do dano e a obrigação de indenizar:²¹

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, risco para os direitos de outrem.

Então, só há responsabilidade civil se houver dano, caso não haja, não há obrigação de indenizar.

Nas palavras de Maurício Requião²² a responsabilidade é:

[...] um efeito decorrente de um fato causador de dano imputável a algum sujeito, que pode ter sido tanto a violação de um dever (ato ilícito), como uma conduta autorizada pelo ordenamento, mas que gere o dever de indenizar (ato-fato indenizativo). É dever que surge para o sujeito por ter indevidamente violado a esfera jurídica de outro, causando-lhe dano.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho concluem que a noção jurídica de responsabilidade tem como precedente uma ação danosa ocasionada por alguém, que viola uma norma jurídica,

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²¹ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

²² REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, dano e responsabilidade: estudo da relação. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. v. 5. Salvador: Faculdade de Baiana de Direito, 2013, p. 112.

seja ela legal ou contratual, que está sujeito às consequências dessa ação devido à necessidade de reparar o dano.²³

Então, sua principal função é retornar o *status quo ante*, ou seja, reparar o equilíbrio moral e material decorrente da lesão. Eugênio Kruschewsky²⁴ diz que o conceito de responsabilização está diretamente ligado às relações da sociedade, pois compensa os interesses desta e torna possível o convívio grupal, despertando essa noção em terceiros, atentando-os quanto a esse dever. Pode-se concluir então que a responsabilidade civil é necessária ao convívio social, pois faz com que direitos de terceiros sejam respeitados, e, se violados, seja pelo descumprimento da lei ou pelo inadimplemento contratual, deverão ser reparados pelo agente que causou o dano, coibindo novas violações, assegurando a recomposição do lesado e harmonia no convívio em sociedade.²⁵

Com isso, entende-se que a responsabilidade civil é um instituto que tem como principal função reestabelecer o equilíbrio moral e/ou patrimonial decorrente da lesão, consolidando o papel do Estado-juiz.

2.2 PRESSUPPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para que haja responsabilidade civil são necessários três elementos, extraídos do artigo 186 do Código Civil de 2002, visto anteriormente, quais sejam: conduta humana, dano ou prejuízo e nexo de causalidade.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁶, a culpa *lato sensu* não é elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil, embora também tenha sido mencionada pelo referido artigo. Esse elemento subjetivo não é um pressuposto exigido, pois existe no nosso ordenamento a previsão da responsabilidade civil objetiva que é aquela que independe de culpa. Esta espécie de responsabilidade será tratada novamente em momento posterior.

Neste sentido, é importante tratar desses pressupostos, de maneira breve, para construção base do entendimento da responsabilidade civil pré-contratual que será abordada mais a frente.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.53.

²⁴ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 274.

²⁵ *Ibidem*, p. 275.

²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* 2015, p.53.

2.2.1 Conduta humana

Para Sergio Cavalieri Filho, "conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas."²⁷ Então, a conduta humana pode decorrer de uma ação ou omissão e essa conduta deve gerar um dano.

A omissão pode resultar em dano quando alguém deixa de realizar determinada ação necessária para proteção de um bem jurídico, ou seja, se caracteriza quando há um dever de fazer, porém o sujeito se abstém de agir de determinada forma. Seria um não fazer, uma conduta negativa. Já a ação danosa ocorre quando há um fazer por parte do sujeito, independentemente da consciência ou da vontade sobre o resultado, que ocasione lesão a um bem juridicamente tutelado.²⁸

Dessa forma, para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a *voluntariedade*, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.²⁹

Então, a voluntariedade é a consciência da conduta, é a noção de se estar ou não praticando um ato, e não a vontade de causar o dano.³⁰

Dessa forma, a conduta humana que deve ser considerada para a caracterização da responsabilidade civil é aquela conduta danosa e voluntária, sendo esta no sentido de que ele tenha consciência do ato e não a intenção de provocar um dano.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

²⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 153-154.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.73.

³⁰ *Ibidem*, p.74.

2.2.2 Dano

A configuração do dano é requisito imprescindível para qualquer espécie de responsabilidade civil, é ele que a fundamenta. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona conceituam o dano como "lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator".³¹

O dano é uma lesão a um bem ou interesse jurídico de natureza patrimonial ou moral. O dano patrimonial, por sua vez, é uma lesão a bens ou direitos de valoração econômica. Já o dano moral, também chamado de extrapatrimonial, ocorre quando há lesão aos direitos da personalidade.³²

É importante a indenização do dano como forma de sancionar o ofensor em virtude do prejuízo causado para que o ofendido retorne ao *status quo ante*, não sendo isso possível, dever haver alguma reparação pecuniária como forma de amenizar a lesão.³³

Sendo assim, é a extensão do dano que determinará o valor da indenização.

Tem-se diferentes tipos de dano, quais seja o dano patrimonial; dano moral; dano presumido, dano reflexo; dano coletivo; dano difuso; dano a interesses individuais homogêneos; perda de uma chance; e dano indireto. No que diz respeito às espécies de dano, se faz importante tratar do dano patrimonial e moral.

O dano patrimonial deve ser analisado sob o prisma do dano emergente e dos lucros cessantes. O primeiro se refere ao prejuízo direto que a vítima sofreu já o segundo corresponde àquilo que o lesado deixou de ganhar por consequência do dano.³⁴

É importante discorrer rapidamente também sobre o dano em decorrência da perda de uma chance. Nas palavras de Sergio Cavaliere Filho, a perda de uma chance se configura quando: "o ato ilícito retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor". Ele traz, dentre seus diversos exemplos, a possibilidade frustrada de arrumar um melhor emprego.³⁵

Vejamos alguns julgados que trazem a indenização pela perda de uma chance na esfera trabalhista:

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.82.

³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 93, *et. seq.*

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2015, p.84.

³⁴ *Ibidem*, p. 91.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.* p. 98.

TRT-3 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 00734201001403005 0000734-51.2010.5.03.0014 (TRT-3)³⁶

Data de publicação: 14/01/2011

Ementa: PERDA DE UMA CHANCE DE EMPREGO - EXPECTATIVA REAL E EFETIVA DE CONTRATAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL DEVIDA - DANOS EMERGENTES E PERDAS E DANOS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - A reclamada tem liberdade de contratar quem quiser como empregado, contudo, a liberdade de contratar é limitada pela função social do contrato (art. 421 do Código Civil). Ao contratar outra pessoa para a vaga, após criar real e efetiva expectativa de contratação na pessoa do reclamante, a reclamada abusou do seu direito de livre escolha de quem contratar como empregado, cometendo, assim, ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil . Diante do ato ilícito praticado pela reclamada ("Teoria da Perda da Chance"), devida ao reclamante a indenização por dano material pela perda de uma chance de emprego de professor na reclamada, na forma de perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes), conforme o disposto nos artigos 946 e 402 do Código Civil . Além da indenização por danos materiais, também é devida a indenização por danos morais, ante o inescusável abalo psicológico sofrido pelo reclamante, que teve que reformular sua vida profissional, ao pedir demissão do emprego anterior e se dedicar à proposta de emprego na reclamada, que escolheu como a mais conveniente e que lhe gerou maior expectativa de contratação, em detrimento de outras existentes ou prováveis propostas de emprego de professor.

TRT-1 - Recurso Ordinário RO 00014202620135010521 RJ (TRT-1)³⁷

Data de publicação: 05/09/2014

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS/MATERIAIS. PERDA DE UMA CHANCE. FRUSTRAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PELO EMPREGADOR. Ao dar início a um processo seletivo para vaga de emprego, o empregador, de forma inequívoca, manifesta seu interesse na futura contratação de um empregado. Assim, tendo o Autor sido aprovado no processo de seleção, que consistiu na análise de currículo, entrevistas e submissão ao exame admissional, e não tendo a Ré demonstrado a ocorrência de qualquer fato impeditivo à admissão do obreiro, tampouco que a vaga tenha sido ocupada por outro profissional de maior qualificação, faz jus o Acionante a indenização por danos morais/materiais, eis que frustrada, de forma injustificada, a sua contratação. A submissão do candidato ao exame admissional realizado por médico do próprio empregador demonstra, indubitavelmente, o interesse na sua contratação. Apelo a que se dá provimento para condenar a Acionada ao pagamento de indenização por danos morais/materiais em virtude da perda de uma chance.

Tais decisões mostram a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no âmbito das relações de emprego. O primeiro julgado se refere à uma decisão do Tribunal do Estado de Minas Gerais que concede em sede recursal indenização por danos materiais e morais ao reclamante por ter a empresa abusado de seu direito de livre escolha, frustrando uma real expectativa de contratação no autor ao ponto deste ter pedido demissão no seu emprego anterior, o que o gerou grande abalo psicológico em razão da desestruturação de sua vida profissional. Já, a decisão recursal do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro também confere

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00734201001403005 0000734-51.2010.5.03.0014**. Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno. Julgado em 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124318318/recurso-ordinario-trabalhista-ro-734201001403005-0000734-5120105030014>>. Acesso em: 16 set. 2015.

³⁷ *Idem*. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00014202620135010521 RJ**. Relator: Rogério Lucas Martins. Julgado em 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137942370/recurso-ordinario-ro-14202620135010521-rj>>. Acesso em: 16 set. 2015.

indenização por danos materiais e morais pela não contratação de maneira injustificada, uma vez que o candidato fora aprovado em todas as etapas do processo seletivo aliado ao fato que o empregador demonstrou total interesse em sua contratação, não sendo esta realizada e carecendo de algum justo motivo.

Como o objetivo principal deste trabalho é discorrer acerca da responsabilidade civil do empregador em virtude da não contratação do empregado por discriminação genética, ora, é possível que o candidato à vaga tenha recusado alguma outra oportunidade de emprego em virtude da expectativa de contratação na primeira empresa, sendo assim, será possível falar em indenização patrimonial em virtude da perda de uma chance.

Em decorrência da dificuldade de estabelecer um nexo causal entre a conduta, a atitude do empregador no caso e o prejuízo causado nessas situações, parte da doutrina trata esse tipo de responsabilidade como uma mitigação do nexo de causalidade, porém é de grande aceitação no nosso ordenamento. Para que seja configurada, deve-se tratar de uma oportunidade séria e real que o ofendido tenha deixado escapar e não uma hipótese ou suposição.³⁸

Nessa linha dispõe Luiz Edson Fachin que "todo dano merece integral responsabilização, até mesmo a perda ou abandono, inclusive os sonhos não realizados, eis que podem configurar responsabilidade pela perda de uma chance".³⁹

Já o dano moral ocorre quando são violados direitos de caráter pessoal, que não podem ser auferidos economicamente, e repercutem na esfera subjetiva da pessoa, como é o caso da intimidade, ou então no meio social em que essa pessoa se insere como é o caso da reputação.⁴⁰

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade Civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. ano 58. n° 397. nov. 2010, p. 14.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93-94.

2.2.3 Nexos de causalidade

Por fim, o nexo de causalidade é um elemento que liga a conduta humana ao dano, acarretando a responsabilidade civil. É a referência utilizada para identificar quem causou o dano, sendo uma relação de causa e efeito.⁴¹

Os autores Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto tratam como conceito de nexo causal a "ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória". Ainda de acordo com os referidos autores, o nexo causal tem duas funções, a de imputar ao causador do dano a obrigação de indenizar e determinar, de acordo com a extensão do dano, a sua reparação.⁴²

Temos três teorias para explicar o nexo de causalidade: teoria da equivalência de condições ou equivalência de antecedentes; teoria da causalidade adequada; e teoria da causalidade direta ou imediata.

No que diz respeito à teoria da equivalência das condições, basta que alguma coisa tenha relação com o resultado danoso para ser considerada causa. É a teoria mais ampla, porém, seu problema está na dificuldade de dimensão dos fatores que efetivamente contribuíram para o dano, uma vez que leva tudo em consideração, não sendo a teoria adotada pelo Direito Civil.⁴³ Para Sergio Cavalieri, essa teoria não verifica qual das condições foi mais ou menos eficaz, se teve maior ou menor relevância para o resultado danoso, também é chamada de *conditio sine qua non*.⁴⁴

Já a teoria da causalidade adequada, diferentemente da primeira, diz que não se deve considerar todo evento que tenha contribuído para o resultado como causa, mas sim, somente o evento que contribuiu de forma principal e adequada para a produção do resultado.⁴⁵

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata diz que deve ser considerado causa aquele antecedente que contribuiu de maneira direta para a ocorrência do dano.⁴⁶

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 366-367.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140-141.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2014, p. 64.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* 2015, p. 142-143.

⁴⁶ *Ibidem*, p.144.

Posto isso, há uma discussão doutrinária acerca de qual dessas teorias é a adotada pelo Código Civil brasileiro.

Para uma parte da doutrina, inclusive Sergio Cavalieri Filho, a teoria adotada é a da causalidade adequada. Mas para outros doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a teoria adotada é a causalidade direta ou imediata. De acordo com estes últimos, chega-se a essa conclusão em razão da análise do artigo 403 do Código Civil de 2002, que diz "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto em lei processual".⁴⁷

Percebe-se, em verdade, que as duas teorias dizem quase a mesma coisa, o próprio STJ fala algumas vezes em causalidade adequada e outras em causalidade direta e imediata, outros julgados nem citam qual a teoria adotada ou então também há divergências.

Há, contudo, causas que excluem a responsabilidade civil, extinguindo assim a pretensão indenizatória. Essas causas excludentes são acontecimentos que rompem o vínculo existente entre a conduta humana e o dano, ou seja, afastam o nexo causal, sendo assim, não há que se falar em indenização nesses casos. São eles: legítima defesa; estado de necessidade; caso fortuito e força maior; exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal; culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.⁴⁸

2.3 ESPECIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A depender do critério utilizado, a responsabilidade civil pode ser tratada de diversas formas. Sergio Cavalieri divide a responsabilidade civil em diferentes espécies, seja responsabilidade civil e penal; responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva; e responsabilidade nas relações de consumo.⁴⁹ As diferenciações mais importantes para a presente pesquisa, são o estudo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, para, a partir disso, ser analisada a responsabilidade civil pré-contratual, trazida por alguns outros autores.

⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.147.

⁴⁸ *Ibidem*, p.157.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-32.

Analisar-se-á a seguir as diferenças entre responsabilidade objetiva e subjetiva, assim como a responsabilidade contratual e extracontratual, pois são mais pertinentes em relação ao tema.

2.3.1 Objetiva x subjetiva

Conforme visto no início do capítulo 2, a culpa é, na verdade, um elemento acidental acessório exigido para hipótese de responsabilidade civil subjetiva. Quando se fala em culpa, está se falando em culpa *lato sensu*. Não é um elemento geral porque não é exigida, por exemplo, em todas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

Então, a responsabilidade civil subjetiva é fundada na ideia de culpa, sendo assim, é necessário que seja provada para que haja a indenização pelo agente. Se não houver a caracterização desse elemento não há que se falar em responsabilidade, uma vez que se trata de pressuposto para o dano.⁵⁰

No entendimento de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.⁵¹

A culpa *lato sensu*, que envolve o dolo e a culpa em sentido estrito, se caracteriza pelos elementos da voluntariedade na conduta do agente, ou seja, o agente que causou o dano deve ter a consciência do seu ato; pela previsibilidade, onde o sujeito só poderá ser responsabilizado se fosse previsível o dano decorrente de sua conduta; e, por fim, pela violação de um dever de cuidado.⁵²

O dolo é o ato de vontade direcionado a um fim ilícito, em outras palavras, é a intenção e consciência do agente em adotar determinado comportamento prejudicial. Já a culpa em sentido estrito decorre de um comportamento precipitado ou equivocado do agente que não tinha intenção na lesão ou na violação ao direito, contudo, poderia ter evitado o dano se adotasse conduta diversa e assim não o fez, sem ter incorrido em erro desculpável ou ter justificativa admissível. A culpa *stricto sensu* pode decorrer de uma ação ou omissão, revelada através da imprudência, que é quando o sujeito tem conhecimento do perigo, mas o

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.181.

⁵² *Ibidem*, p.184.

ignora, é o comportamento precipitado, exagerado; negligência, que ocorre quando há uma omissão em relação a um cuidado que o agente deveria ter, quando ele deveria realizar determinada conduta ou observar determinadas regras que demandam cuidados, zelo ou atenção; e pela imperícia, que diz respeito à ausência de técnica na realização de determinada atividade desenvolvida por um sujeito que deveria ter essa aptidão ou conhecimento, em outras palavras, é a atuação profissional desprovida da devida técnica ou conhecimento científico que gera o dano.⁵³

Com relação ao tema da responsabilidade civil pré-contratual é importante fazer referência à denominada culpa *in contrahendo*, que é aquela que atinge fase anterior ao contrato. Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁴ "é uma modalidade de culpa derivada de um comportamento danoso da parte que, negando-se a celebrar o contrato esperado, prejudica o legítimo interesse da outra, em detrimento da regra ética de boa-fé objetiva".

No que diz respeito à responsabilidade civil objetiva, esta dispensa a caracterização do elemento culpa. Para que haja a responsabilização do agente causador do dano é necessário, apenas, a relação de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, independente de dolo ou culpa.⁵⁵ Em outras palavras, a culpa pode ou não existir, contudo, ela é irrelevante para a caracterização da responsabilidade e do dever de indenizar.⁵⁶

A responsabilidade civil objetiva está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil em duas situações, quais sejam, quando for previsto em lei e quando decorrer de atividade de risco desenvolvida pelo causador do dano.⁵⁷

Conforme relata Silvio Venosa⁵⁸, a responsabilidade civil objetiva só deve ser aplicada por determinação legal expressa ou conforme análise do caso concreto, uma vez que a regra geral será a responsabilidade subjetiva.

Várias teorias surgiram com o intuito de explicar a responsabilização objetiva em razão do risco como a teoria do risco integral; teoria do risco criado; teoria do risco da atividade; teoria do risco profissional; teoria do risco-proveito; entre outras.⁵⁹

⁵³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 154-158.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 58.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

⁵⁸ VENOSA, Silvio Salvo. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, v. 27 nov./dez. 2008, p. 40.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁶⁰ a atividade de risco que justifica a aplicação da responsabilidade objetiva é aquela desenvolvida de maneira regular, por alguém que tira proveito de seu exercício, capaz de gerar algum dano em potencial a terceiros.

A expressão risco-proveito consiste exatamente no fato de que, quem cria determinado risco em virtude de atividade que desenvolva em benefício próprio deve se responsabilizar pelos eventuais prejuízos ocasionados por esta conduta. A teoria do risco está pautada na ideia de que quem retira vantagem de determinada situação deve também suportar o ônus decorrente disso.⁶¹

Já para Anderson Schreiber, não há que se falar em risco proveito, pois tal dispositivo não consagrou o proveito econômico por parte do responsável, sendo assim, adotou-se a teoria do risco criado, ou seja, basta que a atividade desenvolvida apresente um risco elevado para que haja a possibilidade de responsabilização objetiva.⁶²

De qualquer forma, Carlos Roberto Gonçalves traz que:⁶³

A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos. [...] Isso significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites.

Então, vigem hoje no Brasil dois tipos de responsabilidade civil, quais seja a responsabilidade subjetiva e a objetiva. A primeira é a regra geral do ordenamento jurídico, enquanto a segunda é aplicada em hipóteses específicas, como por exemplo, no caso do exercício de atividades de risco por parte de quem gerou o dano. Esses dois tipos coexistem no atual sistema jurídico.⁶⁴

⁵⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil:** doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 188-190.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil.** v. 3. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.13.

⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24-25.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60-61.

⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, 2015, p. 59.

2.3.2 Contratual x extracontratual

Quando se viola um dever jurídico, pode-se resultar em um dano que deverá ser reparado. Esse dever jurídico violado pode ser oriundo de um contrato, que nada mais é do que uma relação obrigacional decorrente da vontade dos indivíduos, ou pode decorrer de uma obrigação imposta pela lei. A diferença entre responsabilidade civil contratual e extracontratual está, justamente, nessa divisão. A primeira decorre de uma quebra do contrato, e o dever de indenizar decorre desse inadimplemento. A segunda se dá em virtude de uma lesão à direito subjetivo, ou seja, não existia relação jurídica anterior, mas, por algum motivo contrário à lei, determinado sujeito teve seu direito ofendido por outrem, acarretando numa responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana.⁶⁵

A responsabilidade civil, como foi dito, é o dever de reparação do dano causado por alguém, em virtude da violação de um dever jurídico. Essa violação pode ser decorrente da lei ou de um contrato.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁶, o inadimplemento contratual decorre de um ato ilícito, que mesmo não resultando na extinção da obrigação primária, deve ser repreendido através da recomposição dos danos daí ocasionados.

Ao se falar em responsabilidade civil contratual é necessário fazer a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil aquiliana. De acordo com Eugênio Kruschewsky⁶⁷, a responsabilidade civil aquiliana também é conhecida como extracontratual e decorre do descumprimento da lei, enquanto que na responsabilidade contratual, o que se descumpre é o contrato.

Essa diferença é importante no que diz respeito ao ônus da prova em relação à culpa pelo descumprimento e o tratamento que é dado à capacidade. Em relação ao tema, é importante o que diz respeito ao ônus da prova, uma vez que não é comum o incapaz ser parte numa relação de emprego. Então, no que se refere à responsabilidade civil contratual, a culpa, em regra, é presumida, pois se refere ao inadimplemento de uma obrigação assumida. Dessa forma, o ônus da prova se inverte e cabe à vítima comprovar o não cumprimento da

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.327.

⁶⁷ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 281.

obrigação, enquanto cabe ao devedor provar que não agiu culposamente. Já em relação à responsabilidade civil aquiliana, a culpa do ofensor deve ser provada, sempre, pela vítima quando for ajuizar a ação de reparação de danos.⁶⁸

2.3.3 Pré-contratual

Faz-se mister tratar da responsabilidade civil na fase pré-contratual, uma vez que os exames admissionais, geralmente, são realizados antes da celebração do contrato. A responsabilidade civil pré-contratual se refere ao momento da reparação do dano anterior ao contrato, uma vez que este ainda não fora realizado.

De qualquer forma, o princípio da boa-fé objetiva deve ser aplicado também na fase pré-contratual conforme trata o Enunciado 25 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que diz "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual".⁶⁹

Nessa mesma linha, discorre Rômulo Russo Júnior:⁷⁰

O contrato deve ser, portanto, desde os primeiros instantes da intenção de contratar, um instrumento de seriedade e respeitabilidade, sem espaços abertos para aquelas intenções hábeis, maliciosas e às vezes não diretamente ofensivas a texto legal exposto, mas, ao mesmo tempo, capazes de decepcionar os homens de bem e de lhes produzir frustração e revolta, ao lado da presença de dano material definido, de forma que se possa valorizar a palavra empenhada, tão maltratada nesses nossos dias e ato contínuo a obrigação legal de agir com probidade e boa-fé.

A responsabilidade civil pré-contratual se configura em quatro hipóteses, são elas: a responsabilidade por quebra das negociações preliminares; por danos causados à outra parte ou à bens deste durante as negociações; responsabilidade pelo contrato que contenha vícios; e por prejuízos causados em virtude de acontecimentos ocorridos durante as negociações quando o contrato foi validado.⁷¹ O que interessa para o presente trabalho é analisar a responsabilidade civil sob a ótica da quebra das negociações preliminares.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.331.

⁶⁹ BRASIL. **Enunciado 25 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

⁷⁰ RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Civil Pré-Contratual**. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 12

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 77.

A doutrina contemporânea trata da importância de se fixar uma forma de responsabilização decorrente das negociações preliminares como maneira de legitimar a boa-fé objetiva dos contratantes, posto que, ocorrendo uma recusa injustificada, haverá um prejuízo.⁷²

Porém, Silvio Rodrigues⁷³ diz que é possível o contratante desistir do negócio contanto que isto não ocorra de forma arbitrária, pois há a expectativa de contratação da outra parte que busca concluir o negócio. Para Aguiar Dias, no que se refere à recusa de contratar, se esta for simples, só haverá indenização dos gastos feitos em relação ao preparo das negociações, mas se for uma recusa injusta, dever-se-á reparar todos os prejuízos ocasionados em virtude disto.⁷⁴

O que fundamenta a responsabilidade civil pré-contratual é o dever de não lesar a outra parte. Deve haver uma proteção à confiança recíproca, evitando a frustração do negócio de forma arbitrária ou injustificada, uma vez que das tratativas preliminares já decorre uma obrigação de não fazer, ou seja, de não por fim ao negócio sem que haja um justo motivo, o que impõe às partes o dever de lealdade, probidade, seriedade e honestidade.⁷⁵

A fase pré-contratual é composta por: negociações, proposta e aceitação. Durante a fase de negociação, ainda não há que se falar em contrato, é nela que ocorre as tratativas ou negociações preliminares em que as partes demonstram seus interesses de forma prévia.

Nas tratativas, os sujeitos contratantes analisam os prós e os contras para se firmar o contrato. Em regra, essas negociações não são vinculantes, caso contrário, iria de encontro aos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual. Ocorre que os deveres de conduta gerados pela boa-fé objetiva já se fazem presentes nessa fase.⁷⁶

Quando há o rompimento das negociações preliminares, sem que haja justificativa para isso, tem-se a *culpa in contrahendo* que, conforme visto no tópico 2.2.1, é aquela que atinge fase anterior ao contrato e decorre de um comportamento negativo de uma das partes que se recusa a celebrar o contrato, causando prejuízo para a outra que tinha expectativa de conclusão do negócio.

⁷² RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Civil Pré-Contratual**. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 24.

⁷³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 66.

⁷⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 146.

⁷⁵ RUSSO JÚNIOR, Rômulo. *Op. cit.*, 2006, p. 28.

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 76.

Sendo assim, Sergio Cavaliere Filho⁷⁷ expõe que:

O rompimento leviano e desleal das tratativas pode ensejar a obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmos decorrentes de contrato social.

Para Sílvio Venosa⁷⁸, a responsabilidade civil pré-contratual deve ser analisada sob a ótica da quebra de negociações preliminares e sob a recusa de contratar. Analisando, primeiramente, o enfoque das negociações preliminares, os atos preparatórios à realização do contrato, se quebrados injustificadamente quanto à expectativa de contratação, podem ocasionar responsabilidade civil do ofensor, em virtude da violação da boa-fé objetiva. Sendo assim, Orlando Gomes⁷⁹ disciplina que:

Se um dos interessados, por sua atitude, cria para outro a experiência de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu. Eis por que tais negociações nem sempre são irrelevantes. Há, em verdade, uma responsabilidade pré-contratual.

Ainda para Silvio Venosa, essas negociações devem estar em estado avançado, ou seja, é necessário que se tenha dado concretude e expectativa ao futuro contrato. Sendo assim, se não realizado, pode ocasionar danos morais e materiais ao sujeito que não pode concluir o negócio em virtude da desistência imotivada da outra parte.⁸⁰

Para Enzo Roppo:⁸¹

O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando injustificada e arbitrária, e não quando apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica. [...] Nessas circunstâncias não se pode dizer que a parte desistente se comportou de modo incorreto e violou o dever de boa-fé.

Mas, nas palavras de Silvio Venosa⁸², "quem se recusa a contratar, pura e simplesmente, ou quem, injustificadamente, desiste de contratar após iniciar eficientes tratativas, pode ser obrigado a indenizar". Na recusa de contratar, devem-se indenizar os danos materiais, comprovados o prejuízo efetivo, como também os danos morais se isto gerou algum tipo de constrangimento para a pessoa.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 347.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 490-494.

⁷⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 61.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 493.

⁸¹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 107.

⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.* 2011, p. 490-492.

Silvio Venosa conclui que somente poderá ser responsabilizado pela recusa de contratar quem tinha condições para concluir o negócio e não o fez, o que deve ser observado de acordo com cada caso, pois não se deve obrigar alguém a contratar se não está em condições para isto.⁸³ Trata-se de uma responsabilidade subjetiva.

Sendo assim, sob a ótica da recusa de contratar, se levarmos em conta o princípio da autonomia da vontade, seria possível o empregador se recusar a contratar, uma vez que ele assume o risco da atividade e estabelece as diretrizes do negócio. Mas esta recusa deverá ser motivada para não caracterizar discriminação. É essa a grande discussão acerca da realização do exame genético como teste admissional, pois, no caso concreto, não é o que ocorre.

De acordo com Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:⁸⁴

Ocasionalmente a liberdade de não contratar poderá lesar legítimas expectativas. Trata-se da quebra da confiança, do *affidamento* que se depositou na conclusão do contrato. Ao analisarmos as categorias de abuso de direito, observaremos que há um exercício desleal do direito de recesso por parte daquele que adota condutas isoladamente ilícitas, mas incompatíveis com o dever de correção, quando vistas em conjunto. Trate-se da proibição ao *venire contra factum proprium*.

Por fim, sobre a indenização por perdas e danos, esta deve abranger os prejuízos ocasionados pela não conclusão do contrato; o dano à confiança pela frustração das negociações preliminares; danos emergentes em relação às despesas contraídas pelo ofendido durante as tratativas e também os lucros cessantes em virtude da parte ter perdido alguma oportunidade, pois acreditava na conclusão do negócio, sendo que todas estas deverão ser comprovadas.⁸⁵

2.4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ APLICADO NA SEARA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E NOS CONTRATOS

O Código Civil de 1916, que sofreu grandes influências do liberalismo, não fazia menção expressa ao princípio da boa-fé objetiva e apenas trazia os princípios da autonomia da vontade e da força vinculante dos contratos como basilares e necessários, por si só, para a interpretação de qualquer tipo de contrato. Porém, com o passar do tempo, esses princípios se tornaram insuficientes para regular as relações de consumo e os contratos de massa, o que fez

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 492.

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 76.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 79.

surgir a necessidade de criação de novos mecanismos que norteassem a interpretação dos contratos baseados nessa nova realidade.⁸⁶

Ressurgiu então o princípio da boa-fé objetiva que, ao lado do princípio da função social do contrato, se erigiu como principal norte na exegese das relações contratuais. A normatização do princípio da boa-fé objetiva foi formalizada com a edição do Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso III, como linha de interpretação, e também no art. 51, inciso IV, como cláusula geral. Uma década após a edição da Lei 8.078/90, é sancionado o Código Civil de 2002, que igualmente positivou o princípio da boa-fé objetiva em seu texto, criando um novo parâmetro de conduta a ser observada pelos contratantes nas relações comuns.⁸⁷

O Código Civil de 2002 tratou da boa-fé nos artigos 113 e 422:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.⁸⁸

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁸⁹, "a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente".

Para Rui Stocco⁹⁰, a boa-fé deve ser tratada como um modelo de comportamento ou como uma forma de pôr as regras de direito como padrão comportamental a ser usado na sociedade. A boa-fé serve também como cláusula geral, como norma de interpretação e recurso capaz de limitar os direitos subjetivos, demonstrando os deveres de comportamento que devem ser observados nas relações jurídicas. Sendo assim, deverá ser pressuposto de todas as relações devido ao seu padrão de conduta ética.

Inicialmente, deve-se estabelecer a diferença entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira deriva de um estado psicológico subjetivo no qual a pessoa desconhece determinado

⁸⁶ CAPIBERIBE, Denise de Araújo. **O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. p. 117-118 Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_117.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2015.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁸⁸ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.100.

⁹⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

fato ou situação que realiza.⁹¹ É quando se crê em algo de maneira equivocada, em virtude do desconhecimento do direito do outro. A boa-fé subjetiva pode existir ou não.

Ainda com relação à boa-fé subjetiva, Giselda Hironaka⁹² discorre que:

O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé.

Já a boa-fé objetiva trata-se de um princípio jurídico que impõe determinadas regras de comportamento social que se deve observar para que haja validade e eficácia contratual.⁹³ É também chamada de boa-fé contratual. Este tipo de boa-fé sempre existirá nas relações jurídicas.

Conforme Eugênio Kruschewsky:⁹⁴

Com a boa-fé contratual, portanto, delinea-se com mais precisão o perfil ético da relação contratual, para não se admitir desníveis intoleráveis - embora não se busque a total equivalência, que representaria um golpe fatal na autonomia da vontade -, mas para aproximar o contrato do instrumento desejado de distribuição equilibrada de riqueza, coibindo, d'outra sorte, o enriquecimento ilícito e despropositado.

O que interessa para o presente estudo é a análise da boa-fé objetiva ou princípio da boa-fé como também é conhecido. Este princípio traz consigo deveres principais e deveres anexos. Com relação ao dever principal, a boa-fé disciplina que as partes desenvolvam os negócios com lealdade, respeito, cooperação e probidade que são esperados pela sociedade. Os deveres anexos são deveres acessórios, mas que também visam conduzir o negócio jurídico da melhor forma possível com relação às obrigações secundárias.⁹⁵

O princípio da boa-fé busca proteger a expectativa dos contratantes em relação à outra parte, dando segurança aos negócios para que estes sejam cumpridos da melhor forma possível. Aqui não há aferição de culpa uma vez que não está se falando da intenção ou não de prejudicar, mas sim um padrão de conduta que será averiguado de acordo com o homem

⁹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-120.

⁹² HIRONAKA, Giselda *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

⁹³ *Ibidem*, p. 100-101.

⁹⁴ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 42.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* 2013, p. 102-103.

médio. Este princípio deve estar presente em todas as fases contratuais bem como em todos os planos dos negócios jurídicos.⁹⁶

A doutrina enumera diversas funções da boa-fé objetiva, são elas: a função interpretativa; a função criadora de deveres anexos e a função delimitadora de direitos subjetivos. Essas funções partilham de uma mesma compreensão sobre a relação contratual que deve ser marcada pela cooperação e pelo respeito recíproco.⁹⁷

A função interpretativa se refere à boa-fé objetiva como cânone hermenêutico ou, como o próprio nome já diz, como um referencial de interpretação para os negócios jurídicos para que eles ocorram com lealdade e honestidade entre as partes, o que está disciplinado no art. 133 do Código Civil de 2002 como já foi visto.⁹⁸

A função criadora de deveres anexos estabelece para as partes outros deveres além daqueles previstos no contrato como os de lealdade e confiança recíprocas (são os deveres anexos gerais pois transmitem a ideia que as partes devem manter uma relação fidedigna e compromissada com a transparência e verdade em relação ao que foi ajustado); o dever de assistência (é conhecido também como dever de cooperação e significa que as partes negociantes devem colaborar para que o contrato se realize da maneira correta a todo o momento, desde a sua formação até depois do seu cumprimento); e o dever de informação (diz respeito à necessidade de esclarecimento acerca de todas as circunstâncias e características do negócio, bem como do objeto do contrato); e o dever de sigilo (que se relaciona com a não divulgação de informações a respeito do contrato).

Por fim, a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos que busca evitar o abuso da parte ao exercer seu direito. É nesta função que se situa o problema do abuso de direito, tratado pelo art. 187 do Código Civil de 2002.⁹⁹

Conforme a noção de abuso trazida pelo Código Civil de 2002, o exercício de qualquer direito deve estar sujeito aos seus próprios limites, para com isso alcançar o ideal de justiça objetivado na lei. O fundamento do abuso não está somente na intenção de prejudicar, de causar danos, mas ocorre também quando há um desvirtuamento do direito em relação à sua

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-102.

⁹⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 86-87.

⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* 2013, p. 105-112.

função social e finalidade.¹⁰⁰ Então, a norma disciplina que qualquer direito da pessoa que exceda seus próprios limites ou os limites da boa-fé, dos bons costumes e de seus fins sociais ou econômicos, será considerado ato ilícito.¹⁰¹

Porém, para Heloísa Carpena,¹⁰² o ato ilícito não se confunde com o abuso de direito, apesar de este situar-se no plano da ilicitude, é uma classe independente de antijuridicidade. Ainda segundo a autora, o que os difere é a natureza da violação de cada um. No ato ilícito, o que se viola é dispositivo legal que contém previsão expressa de determinada conduta (inobservância de limites lógicos-formais). No abuso, o indivíduo age com base nos seus direitos, só que há um excesso em sua conduta que ultrapassa os limites do seu próprio direito e do direito de terceiros e viola valores do ordenamento (inobservância de limites axiológico-materiais).

Em suma, o ato ilícito, por se tratar de conduta contrária à dispositivos legais, é previamente rejeitado pelo ordenamento, ao passo que o abuso se origina de um direito subjetivo lícito, no qual seu titular o exerce de tal forma que o torna antijurídico.¹⁰³

De acordo com Teresa Negreiros:¹⁰⁴

Boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.

O princípio da boa-fé deve estar presente a todo o momento, ou seja, antes (fase pré-contratual), durante (contratual) e após (pós-contratual) a execução do contrato. Sendo assim, a falta de observância de algum desses deveres éticos relacionados com a boa-fé em qualquer desses momentos, poderá acarretar na responsabilidade civil do agente.¹⁰⁵

Ainda com relação à boa-fé objetiva é importante discorrer brevemente de alguns desdobramentos desse princípio, em especial, o *Venire contra factum proprium* e o *Tu quoque*.

O *Venire contra factum proprium* corresponde à proibição do comportamento contraditório, ou seja, não é correto que o sujeito realize determinados atos, criando uma expectativa de

¹⁰⁰ CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 415.

¹⁰¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

¹⁰² CARPENA, Heloísa. *Op. cit.*, 2007, p. 405.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 406.

¹⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

contratação na outra parte e depois se negue ou realize conduta contrária ao que foi avençado, pois isso viola a boa-fé. Isto contraria a postura de lealdade e confiança que se deve ter com relação ao outro, devendo os contratantes agir de forma coerente com o comportamento que havia sido adotado.¹⁰⁶

Já o *Tu quoque* diz respeito à uma surpresa com relação ao negócio, provocada pelo comportamento de uma das partes e que coloca a outra em desvantagem devido à quebra da confiança, o que também contraria os ideais da boa-fé.¹⁰⁷

Com relação ao *Venire contra factum proprium*, diz Silvio Venosa que:¹⁰⁸

Trata-se de um imperativo em prol da credibilidade e da segurança das relações sociais e consequentemente das relações jurídicas que o sujeito observe um comportamento coerente, como um princípio básico de convivência. O fundamento situa-se no fato de que a conduta anterior gerou, objetivamente, confiança em quem recebeu reflexos dela.

E Anderson Schreiber, em obra sobre o tema, complementa:¹⁰⁹

O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé. E não há que se discutir se sua natureza jurídica se enquadra numa ou noutra figura. O comportamento contraditório é abusivo, no sentido de que é um comportamento que, embora aparentemente lícito, se torna ilícito, ou inadmissível. E isto justamente porque seu exercício, examinando em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem, o que revela, no âmbito normativo, contrariedade à boa-fé objetiva.

Assim, o comportamento contraditório se apresenta no campo jurídico como uma conduta ilícita, passível mesmo, conforme a situação concreta de prejuízo, de indenização por perdas e danos, inclusive de índole moral. A aplicação do princípio não exige dano efetivo, porém, basta a potencialidade do dano.¹¹⁰

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 95-106.

¹⁰⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118-122.

¹⁰⁸ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 390.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2007, p. 119-120.

¹¹⁰ VENOSA, Silvio Salvo. *Op. cit.*, 2011, p. 390.

2.5 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

Nas relações de emprego, o empregador detém o poder sobre a atividade, sobre o empregado, e diretrizes do negócio. Ocorre que, muitas vezes esse poder se manifesta de maneira desproporcional, acarretando danos em virtude do abuso de poder.

Para se caracterizar uma relação de emprego é necessária a presença de quatro elementos, encontrados nos artigos 2º e 3º da CLT: pessoalidade (quando a atividade somente deve ser realizada pelo trabalhador, sendo uma relação *intuitu personae*); onerosidade (quando há uma retribuição pelo dispêndio de energia do obreiro, ou seja, é uma contraprestação pelos serviços desenvolvidos); não eventualidade (quando a atividade é desenvolvida de forma periódica) e subordinação (é o estado de sujeição do empregado com relação ao empregador, uma vez que o primeiro deverá executar os comandos e diretrizes da empresa).

Existem autores, como Amauri Mascaro e Luciano Martinez, que falam ainda em pessoa física e alteridade como elementos também da relação de emprego. A primeira está disposta no art. 3º da CLT e guarda relação com o elemento da pessoalidade. Dessa forma, para Amauri Mascaro, empregado é "toda pessoa física, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica, porque esta jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviços"¹¹¹. Já o elemento da alteridade diz respeito ao fato de se trabalhar em benefício de outra pessoa. Luciano Martinez trata desse elemento como a não assunção de riscos da atividade patronal, dispondo que "o empregado não assume os riscos da atividade desenvolvida pelo empregador, estando alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica deste ou do seu empreendimento".¹¹²

Então, as relações de emprego são caracterizadas pela desigualdade existente entre seus sujeitos, notada através de um dos seus elementos que é a subordinação do empregado em relação ao empregador. Sendo assim, buscando tornar essa relação mais equilibrada, com base

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 613.

¹¹² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 151.

no princípio da isonomia, o ordenamento jurídico confere ao trabalhador uma proteção maior por ser a parte hipossuficiente da relação.¹¹³

Conforme fora tratado anteriormente, existe, no Brasil, a responsabilidade subjetiva e a objetiva e essa distinção é importante para o Direito do Trabalho, pois, o fato gerador da responsabilidade nessas relações será enquadrado em um ou outro tipo de responsabilidade, o que vai depender do caso concreto. A responsabilidade civil decorrente da relação de emprego poderá ser por conduta do empregado ou do empregador.

As principais formas de responsabilidade civil presentes no direito do trabalho são: a responsabilidade do empregador por ato do empregado; a responsabilidade do empregado em face do empregador e a responsabilidade do empregador por dano ao empregado.

A primeira forma acontece quando o empregado, no exercício da atividade ou em sua decorrência ocasionar dano a outrem há a responsabilidade civil do empregador pelos atos de seus empregados ou prepostos, é uma hipótese de responsabilidade objetiva. No segundo caso, a responsabilização do empregado em face do empregador necessita de acordo específico para que se possa descontar determinados valores do seu salário em decorrência do dano causado de maneira culposa. Já, se a conduta for dolosa, não há necessidade de acordo. Trata-se de responsabilidade subjetiva uma vez que há aferição de culpa. Há também a responsabilidade civil do empregador por dano ao empregado. Aqui, não há consenso acerca da responsabilidade no ordenamento, se será objetiva ou subjetiva, vai depender do caso concreto. Na maioria dos casos se trata de responsabilidade subjetiva, porém, nos casos em que a atividade desenvolvida pelo empregador for de risco, como o dano já é potencialmente esperado, trata-se de responsabilidade objetiva.¹¹⁴

Em se tratando da fase pré-contratual, ainda não há vínculo empregatício formado, contudo, danos decorrentes dessas negociações podem ser ocasionados e qualquer prejuízo causado pelo empregador ao candidato à vaga de emprego também deve ser reparado, nesse caso, trata-se de hipótese de responsabilidade civil subjetiva.

Ocorre que, conforme visto no tópico anterior, o princípio da boa-fé objetiva também se aplica na fase pré-contratual e trata-se de uma exigência de todo o ordenamento jurídico, sendo assim, também está presente no Direito do Trabalho.

¹¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 295.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 301-307.

Dessa forma, Luciano Martinez¹¹⁵ entende que a boa-fé é fundamental para o desenvolvimento da relação jurídica e que as partes devem oferecer todas as informações necessárias acerca do contrato que está em andamento, objetivando a cooperação recíproca. Nessa mesma linha, Américo Plá Rodrigues dispõe que esse princípio abrange ambas as partes e que deve ser observado durante todas as fases do contrato de trabalho.¹¹⁶

Diante disso, também é possível a responsabilidade civil na seara trabalhista em decorrência da quebra do princípio da boa-fé objetiva, seja em momento anterior ao contrato de emprego como durante a sua execução.

¹¹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121

¹¹⁶ RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 274.

3 A IDENTIDADE GENÉTICA E A TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Hoje em dia, com as inovações técnicas e científicas aplicadas na área da saúde, com a evolução da biomedicina, da engenharia genética e todo desenvolvimento tecnológico que alcança incríveis resultados a cada dia, surge a necessidade de se discutir a problemática de todo esse progresso científico e seus limites éticos e jurídicos.

A nossa Carta Magna assegura a liberdade científica como um dos direitos fundamentais. Em contrapartida, essa liberdade encontra limites quando deparada com outros direitos, também fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, não se trata de um direito absoluto, devendo sofrer limitações diante de outros bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente.¹¹⁷

Diante da evolução acelerada das ciências biológicas e também das diversas discussões éticas acerca do assunto, começou a surgir uma necessidade de regulamentação jurídica sobre o tema para colocar limites a essas pesquisas. Com isso surgem a bioética e o biodireito. A bioética é um novo ramo do conhecimento, originado pelo entrelaçamento das questões éticas com as ciências biológicas, que analisa e discute as mudanças provocadas pelo desenvolvimento da biotecnologia e o paradigma relacionado ao modo de agir dos profissionais de saúde em face dessas mudanças.¹¹⁸

Nessa mesma linha, Carlos María Romeo Casabona diz que a bioética pode ser entendida como uma disciplina especializada da Ética geral, uma vez que tira desta boa parte de seus fundamentos, mas que busca solucionar problemas de áreas das ciências biológicas como a biomedicina e a biotecnologia. Ela é um importante instrumento de reflexão, que norteia o agir e a tomada de decisões com relação às diversas questões das ciências da vida, protegendo o homem dos pesquisadores e de interesses econômicos e políticos.¹¹⁹

De acordo com Maria Helena Diniz:¹²⁰

A bioética emerge como novo domínio da reflexão que considera o ser humano em sua dignidade e as condições éticas para uma vida humana digna, alertando a todos sobre as consequências nefastas de um avanço incontrolado da biotecnologia e sobre

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹¹⁹ CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002, p. 7.

a necessidade de uma tomada de consciência dos desafios trazidos pelas ciências da vida.

Então, a bioética estuda as atividades dos profissionais de saúde e da biologia sob o prisma de valores e princípios ético-morais, analisando a implicação dessas práticas tecnocientíficas na sociedade, seja na relação do homem com outros homens ou na relação com outros seres vivos.¹²¹

Já o biodireito é o ramo do direito que trata das questões jurídicas relacionadas com a bioética, fazendo uso de diversos ramos das ciências jurídicas tais como o direito civil, constitucional, do trabalho, penal, entre outros.¹²² Tem como objetivo colocar um equilíbrio nessa relação, uma vez que o direito não pode se eximir de disciplinar as diversas questões que envolvam a bioética e biogenética, devendo submeter o progresso científico aos limites da ética e do direito.¹²³

De qualquer forma, ambas as ciências têm o mesmo objeto de estudo, porém abordam diferentes perspectivas e análises. A bioética se encarrega de estudar as questões éticas que envolvem a medicina e demais ciências biológicas com relação à sociedade e aos seres vivos no geral. Ela faz parte da Ética geral, logo, também é objeto de estudo da Filosofia. Já o biodireito é uma disciplina jurídica que trata de normatizar as condutas e os procedimentos de intervenção das ciências biológicas na vida dos seres vivos e na sociedade.¹²⁴ De qualquer forma, a bioética e o biodireito devem garantir a dignidade da pessoa humana em face do desenvolvimento das ciências biológicas.

Ainda com relação à bioética, importante ressaltar a existência de quatro princípios que preconizam a pessoa humana, são eles: o princípio da não maleficência; da justiça; beneficência e autonomia.

Primeiramente, o princípio da autonomia diz respeito à capacidade de escolha que o indivíduo tem para submeter ou não, sua vida ou corpo a determinadas pesquisas.¹²⁵ A vontade do indivíduo deve ser respeitada, pois este tem o poder sobre sua própria vida e intimidade, que

¹²¹ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 7.

¹²² STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 39.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7 *et seq.*

¹²⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 150. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015.

¹²⁵ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Op. cit.*, 2009, p. 39.

não deve sofrer a interferência arbitrária do profissional de saúde para submetê-lo a tratamento.

O princípio da beneficência direciona os esforços médicos ou dos biólogos para que tragam algum benefício ao pesquisado, sendo assim, se o procedimento for incerto, não deve ser realizado.¹²⁶ É um princípio que busca atender os interesses do indivíduo, evitando qualquer dano a este com as práticas biomédicas. O tratamento ou a técnica deve ser utilizado para o bem do sujeito e não de maneira contrária e injusta.¹²⁷ Além disso, o conhecimento adquirido fruto de pesquisas em seres humanos, deve trazer benefícios não somente para o sujeito que foi objeto da pesquisa como também para a sociedade.¹²⁸

Com relação ao princípio da não-maleficência, também chamado de *primum non nocere*, há a ideia de que o bem venha antes de qualquer coisa, pois não se deve causar danos. Ainda que o risco do dano possa surtir efeito posterior numa grande descoberta científica, não se deve causar mal ao paciente para depois curá-lo.¹²⁹ Decorre do princípio anterior e traz uma obrigação de não causar dano, de não prejudicar de forma intencional.

Por fim, o princípio da justiça diz que o profissional de saúde deve atuar de maneira imparcial ao equilibrar os riscos e benefícios.¹³⁰ Ou seja, deve-se buscar o máximo benefício, garantindo o acesso aos serviços de saúde e considerando os aspectos físicos e emocionais de quem sofrerá a intervenção biomédica.¹³¹ Esses são os princípios basilares da bioética que devem nortear o agir dos pesquisadores, médicos e cientistas, resguardando a dignidade humana.

Sendo assim, com diversos assuntos tomados por discussões dentro do campo da bioética e do biodireito, faz-se mister tratar da investigação genética, uma vez que esta, apesar dos benefícios potenciais, pode também ser utilizada de forma contrária e atentatória à princípios e direitos fundamentais.

No que se refere à identidade genética e sua tutela jurídica, o advento de novas técnicas no campo genético tem gerado discussões e questionamentos jurídicos que carecem de solução no nosso ordenamento.

¹²⁶ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 33.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-40.

¹²⁸ STOCCO, Adrielle Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 39.

¹²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 38 et seq.

¹³¹ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p. 7

Bruno Naves¹³², em sua tese de doutorado, diz que:

O conceito de identidade genética traz em seu bojo a correspondência ao genoma de cada ser humano, ou seja, o fundamento biológico ínsito a cada um. Constata-se que todos têm um genoma irrepitível, salvo os casos de gêmeos monozigóticos, que, embora apresentem identidade de material genético nuclear, podem distinguir-se pelo DNA mitocondrial.

Também relata que devido à ausência de leis brasileiras que tratem dos assuntos relacionados aos dados genéticos humanos, muitos estudos se baseiam em documentos internacionais que regulam a matéria, como por exemplo, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997 e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 2003. Tais declarações foram legitimadas em conferências da UNESCO e pautam-se no respeito à dignidade humana e na proteção dos direitos humanos nos procedimentos que envolvam dados genéticos e amostras biológicas.¹³³

Além dessas declarações mais específicas, quando houver a necessidade de criação de leis para regulamentar determinados fatos, o legislador também poderá tomar como base a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que busca proteger direitos como a dignidade humana, a vida e as liberdades fundamentais.¹³⁴

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos foi aprovada em 1997 com o intuito de limitar internacionalmente práticas relacionadas ao genoma humano e também de estimular a criação de legislação nacional a respeito do assunto pelos Estados signatários. Tem a finalidade de proteger os direitos humanos da aplicação de práticas que envolvem o genoma humano, garantindo que o desenvolvimento científico não vá de encontro à dignidade humana.¹³⁵

Esta Declaração, que tem por norma cogente a proteção da dignidade da pessoa humana, é o documento guia que servirá para orientar a produção de normas nos Estados signatários, delimitar os limites de atuação na pesquisa sobre o genoma e nortear o caminho a ser seguido para a utilização desta descoberta científica, servindo de suporte ao desenvolvimento e promoção a pessoa humana e do bem comum. É um marco, um norte, no estabelecimento das fronteiras dentro das quais

¹³² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 140. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

¹³³ *Ibidem*. p. 46-48.

¹³⁴ STOCCO, Adrielle Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 39.

¹³⁵ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1185.

se desenvolve a inventividade humana. É um instrumento poderosíssimo contra a voracidade do mercado e a transformação do ser humano em objeto de consumo.¹³⁶

No Brasil, a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) é a que melhor disciplina as normas de segurança e os mecanismos de fiscalização que envolva material genético, mas, ainda se mostra insuficiente para disciplinar o assunto quando este se trata do mapeamento do genoma humano. Contudo, há inúmeros projetos de leis que guardam relação com a matéria tramitando no Congresso Nacional, mas que aguardam votação, tais como: Projeto de Lei (PL) 3.377/00 do Deputado Aloízio Mercadante, que dispõe sobre a utilização e pesquisa do Genoma; PL 4.610/98 do Senador Lúcio Alcântara, no qual define os crimes resultantes de discriminação genética; PL 4.900/99 (proíbe a exigência de testes genéticos por parte dos planos de saúde) e PL 7.373/06 (protege a pessoa contra a discriminação genética) dos deputados Eduardo Jorge e Fábio Feldman.¹³⁷

3.1 NOÇÕES BÁSICAS A RESPEITO DO GENOMA HUMANO E PROJETO GENOMA

O marco inicial para se alcançar o conhecimento que se tem hoje acerca da teoria celular e da genética foi a criação do microscópio na metade do século XVII, que possibilitou à medicina o estudo das células. Mas foi a partir do século XIX, com os estudos de Gregor Mendel sobre genética, que foi possível o entendimento acerca do funcionamento de transmissão dos caracteres hereditários.

Além das contribuições de Mendel, outros fatores como a descoberta do cromossomo por Wilhelm Waldeyer, no final do século XIX, a estrutura e funcionamento do DNA, por James Watson e Francis Crick, na metade do século XX, também foram importantes para o desenvolvimento do estudo genético.¹³⁸

Somente em 1986, no Departamento de Energia dos Estados Unidos, houve um encontro para debater assuntos relacionados à pesquisa do genoma humano e, em especial, o mapeamento e sequenciamento genético. Com isso, algumas instituições demonstraram interesse pela pesquisa com o intuito de desenvolver o maior projeto da biologia. Então, em 1988, foi criada

¹³⁶ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1186.

¹³⁷ PROJETO GHENTE. **Documentos Jurídicos**. Disponível em: <http://ghente.org/doc_juridicos/index.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

¹³⁸ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 187-188.

a HUGO (*Human Genome Organization*), que reunia cientistas de diversos países com o objetivo de aprofundar essas pesquisas. Além dessa organização, diversos países buscaram o desenvolvimento de pesquisas genéticas no âmbito interno, mas somente em 1990 que o Projeto Genoma Humano (PGH) foi criado oficialmente, contando com a participação de mais de cinquenta países, incluindo o Brasil.¹³⁹

Antes de falar especificamente do Projeto Genoma, é importante trazer alguns conceitos basilares para um melhor conhecimento do assunto e do objetivo do PGH.

O DNA é a sigla inglesa para o ácido desoxirribonucléico (ADN) que é onde se encontram as mensagens genéticas com as características de cada ser humano¹⁴⁰. A molécula do DNA se estrutura em dois filamentos trançados que formam uma dupla hélice. Cada um desses filamentos é composto de uma sequência diferente de nucleotídeo (gene). O nucleotídeo é uma parte do filamento de DNA, contendo diferentes tipos de componentes químicos (citossina, timina, adenina e guanina) que se unem através das pontes de hidrogênio. A partir do sequenciamento desses componentes, o DNA vai codificar e gerar os aminoácidos que irão se transformar na principal substância do corpo humano, as proteínas.¹⁴¹

O gene é um segmento em série de nucleotídeos do DNA que corresponde à uma informação específica, responsável por gerar determinada característica no indivíduo. Já o cromossomo se apresenta em 23 pares no ser humano, formados pelo DNA (ácido desoxirribonucléico) mais proteínas e cada um desses cromossomos são compostos por uma enorme quantidade de genes.¹⁴²

Com relação ao genoma, é o total de informações (conjunto de genes) presentes nos cromossomos de uma célula.¹⁴³ É ele que diferencia os seres humanos entre si e entre as outras espécies, pois determina as características internas e externas do indivíduo e também é responsável por sua transmissão.¹⁴⁴ Foi tombado como patrimônio genético da humanidade

¹³⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 42-43. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 498

¹⁴¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁴² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 498.

¹⁴⁴ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 39.

conforme art. 1º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos¹⁴⁵: "Artigo 1. O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade."

Conforme dispõe Ana Thereza Meirelles¹⁴⁶:

O estado atual do conhecimento acerca dos dados genéticos do ser humano partiu do Projeto Genoma Humano, que mapeou as informações contidas no DNA, promoveu o sequenciamento para leitura delas e, por fim, passou a relacioná-las com o fenótipo do indivíduo, permitindo a definição de suas características. Tudo isso possibilitou o conhecimento das informações e, conseqüentemente, a descoberta das regras de transmissibilidade de características e de doenças da espécie humana.

Então, o Projeto Genoma Humano tem como objetivo o mapeamento, a localização, sequenciamento e descrição dos genes e cromossomos da raça humana, através das bases nitrogenadas do DNA.¹⁴⁷ Entretanto, esse estudo acompanha muitas questões e discussões de caráter ético-jurídico como, por exemplo, o respeito à dignidade humana e à intimidade da pessoa.

O Projeto Genoma Humano foi um dos mais importantes estudos científicos dos últimos séculos, pois permitiu de forma prática a localização dos genes através do sequenciamento genético. Com esse mapeamento, será possível a descoberta de prováveis enfermidades que poderão acometer o indivíduo, mas que possibilitará um tratamento prévio através desses diagnósticos.¹⁴⁸

O mapeamento é feito a partir da análise de fragmentos do DNA, onde os genes serão catalogados e terão seus posicionamentos representados graficamente.¹⁴⁹ Dado o exposto, através do Projeto Genoma, será possível o diagnóstico prévio de doenças futuras decorrentes de alterações genéticas tais como o câncer, como também a análise da predisposição e prevenção destas, possibilitando uma maior segurança à vida e saúde das pessoas.¹⁵⁰

¹⁴⁵ UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015

¹⁴⁶ MEIRELLES, Ana Thereza. Práticas Eugênicas e limites aos direitos reprodutivos em face da proteção ao patrimônio genético. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 14. Porto Alegre: Síntese, 2014, p. 14.

¹⁴⁷ FRAGA, Ivana de Oliveira. Violação à identidade, intimidade e ineditismo genéticos como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. nº 20, ano 2010.1, p. 16.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504.

¹⁴⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 42-43. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 505.

3.2 EUGENIA

Sempre houve na história da humanidade a ideia de que certas características eram passadas de pais para filhos assim como também existia o pensamento de que as más-formações deveriam ser combatidas. Pode-se dizer então que a eugenia é anterior ao conhecimento genético, porém as novas técnicas relacionadas à manipulação e mapeamento dos genes fez ressurgir esse pensamento. Essa nova corrente foi chamada de neo-eugenia.

Quem primeiro utilizou o termo eugenia foi Francis Galton no século XIX, foi também nesse período que se buscou dar à eugenia uma base científica para fundamentá-la. Ele acreditava que a população inglesa estava se degenerando, em virtude do modo de vida urbana dificultar a seleção natural e facilitar a reprodução de indivíduos mais fracos e frágeis, daí então ele passou a se preocupar com a ideia de melhoria da raça. Galton também achava que as classes mais pobres se reproduziam em maior número e de forma mais rápida do que os mais favorecidos intelectual e moralmente das classes altas e isso atrapalhava o desenvolvimento moral e intelectual da sociedade. Então, através de suas ideias, ele buscava favorecer a reprodução da classe alta em detrimento dos indivíduos de classes pobres. A solução proposta por ele era através do controle do matrimônio.

Com isso, a eugenia foi se transformando aos poucos numa forma de controle de reprodução e eliminação social, buscando extinguir indivíduos com imperfeições hereditárias.¹⁵¹

A ideia de melhorar a raça humana através da manipulação dos genes ganhou embasamento no início do século XX com a teoria do evolucionismo de Charles Darwin¹⁵² e com o redescobrimto das leis de Mendel. Reflexo disso estava em determinadas legislações que proibiam o acesso ao matrimônio para certas pessoas. Com a nova ideia de genética, esse

¹⁵¹ CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 349-351.

¹⁵² [...] se as variações úteis a um ser organizado qualquer se apresentam alguma vezes, seguramente os indivíduos que disso são o objeto têm a melhor probabilidade de vencer na luta pela existência; pois, em virtude do princípio tão poderoso da hereditariedade, estes indivíduos tendem a deixar os descendentes tendo o mesmo caráter que eles. Dei o nome de seleção natural a este princípio de conservação ou de persistência do mais apto. Este princípio conduz ao aperfeiçoamento de cada criatura relativamente às condições orgânicas e inorgânicas da sua existência; e, por conseguinte, na maior parte dos casos, ao que podemos considerar como um progresso de organização. [...] Por consequência, durante a modificação dos descendentes de uma espécie qualquer, durante a luta incessante de todas as espécies para crescer em número, quanto mais diferentes se tornam estes descendentes, tanto mais probabilidades têm de ser bem sucedidos na luta pela existência. (DARWIN, Charles. **A Origem das espécies**. Trad. Joaquim da Mesquita Paul. Porto: Lello & Irmão, 2003, p. 145-146. Disponível em: <<http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.)

problema ganhou maior amplitude e gravidade, pois permitiu um maior acesso às informações e conhecimento de determinadas características das pessoas como, por exemplo, enfermidades que o sujeito possa adquirir além de outros aspectos da esfera mais íntima do indivíduo como traços de sua personalidade. Toda essa técnica, juntamente com o conhecimento desses dados, pode trazer problemas eugênicos ainda que de proporção inferior àqueles do período do genocídio nazista. O controle de matrimônios por motivos genéticos afronta diretamente os direitos humanos, sejam aqueles protegidos nacionalmente, como também os que são aparados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que vistos sob a ótica da saúde pública ou da proteção à descendência sadia.¹⁵³

A eugenia decorre da engenharia genética, pois é através desta que se possibilita modificar o que deveria ser hereditário no ser humano.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁵⁴:

A engenharia genética compreende a totalidade das técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga hereditária com o escopo de superar moléstias genéticas (terapia genética) ou de produzir modificações com finalidade experimental para obter a concepção de um indivíduo com caracteres inexistentes na espécie (manipulação genética).

Conforme visto, o Projeto Genoma possibilitou o estudo e conhecimento dos milhares de genes que compõe o corpo humano, porém, uma dos maiores problemas de hoje, é a utilização disso para práticas de discriminação genética e eugenia contra as pessoas. Isto ainda é mais perceptível nas relações de trabalho, uma vez que são inúmeros os casos de discriminação dos empregados por motivos de cor, etnia, sexo ou religião. São diversos os fatores analisados para esse critério de seleção ilícito.¹⁵⁵

¹⁵³ CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 340.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 500.

¹⁵⁵ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1179.

3.2.1 Conceito

Nas palavras de Maria Helena Diniz¹⁵⁶, "o termo eugenia, por si só, tem o significado de *gerar o bem*, mas indica também a ciência que estuda as melhores condições para a reprodução e o aprimoramento da espécie humana".

Num sentido mais técnico, eugenia é um termo genérico do século XIX, que indica a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da espécie humana". Na atualidade pode-se usar o termo "eugenética", para se referir a forma contemporânea da eugenia, uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética.¹⁵⁷

Então, com relação à eugenia, esta pode ser de dois tipos, a eugenia positiva e a negativa. Na eugenia positiva busca-se uma série de medidas científicas que visem à redução dos genes capazes de provocar doenças, para que com isso seja possível gerar o nascimento de filhos saudáveis. Já a eugenia negativa tem como objetivo evitar o nascimento de indivíduos que possuam genes propensos a desenvolver algum tipo de patologia, mas também busca evitar a transmissão desses genes por via hereditária, através de controle de natalidade e da esterilização.¹⁵⁸

Costuma-se também classificar a eugenia a depender de sua finalidade, neste caso, ela pode ser negativa, que busca a eliminação de descendentes com algum tipo de malformação, através do aborto por exemplo; e eugenia positiva, que busca selecionar características desejadas fisiologicamente.¹⁵⁹

Sendo assim, a eugenia só deve ser permitida se tratar-se da eugenia positiva, pois esta tem fim terapêutico e visa somente a prevenção de determinada doença ou até mesmo a cura. Além disso, ela não viola os princípios da beneficência e da não maleficência, por isso sua aceitação.¹⁶⁰

Mas, com relação à eugenética, que é a nova forma da eugenia e se trata de uma ciência que envolve a engenharia genética e biologia molecular, pode também ser negativa ou positiva. Se negativa, busca a cura de patologias ou mesmo evitá-las. Já, se for positiva, tem por escopo a

¹⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 530.

¹⁵⁷ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1181.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 530-531.

¹⁵⁹ MEIRELLES, Ana Thereza. Liberdade reprodutiva e práticas eugênicas: Parâmetros éticos e normativos para a tutela do patrimônio genético humano. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 23.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 531-532.

melhora de características humanas como a inteligência e aspectos da personalidade. Há ainda uma derivação utópica da eugénica, chamado de eugenismo que visa a criação de seres humanos que estejam livres de doenças ou problemas genéticos através da substituição de genes.¹⁶¹

Atualmente, fala-se também na neoeugenia, conforme Ana Thereza Meirelles¹⁶² dispõe:

O termo "neoeugenia" é usado em referência às formas contemporâneas, trazidas pelos avanços da medicina especializada e da biotecnologia, de propiciar escolhas seletivas, pautadas em critérios que são formados a partir das informações trazidas pelos recursos empregados no processo procriativo.

A neoeugenia é prática relacionada com o direito à saúde, sendo um assunto que diz respeito à médicos e pacientes interessados em gerar descendentes saudáveis. Contudo, há uma diferença entre a neoeugenia e os movimentos eugênicos do início do século XX, pois estes foram marcados por regimes políticos que buscavam a eliminação de homossexuais, de grupos étnicos e até mesmo práticas de esterilização em deficientes. De qualquer forma, com relação às práticas eugênicas, pode-se concluir que estas sempre exerceram certo fascínio no homem desde os primórdios históricos da humanidade.¹⁶³

3.2.2 Problemas acerca do determinismo genético

Durante o desenvolver histórico da humanidade, o pensamento de conter o nascimento de pessoas enfermas era constante. Uma das maneiras disso ser alcançado foi limitando a procriação de forma direta ou indireta. A limitação direta se dava através da imposição da esterilização e a indireta era feita através da proibição do matrimônio de pessoas que pudessem transmitir determinadas características indesejáveis, capazes de comprometer a saúde de seus descendentes.¹⁶⁴

Para Victor Penchaszadeh, o determinismo genético, ocorrido no século XIX e na primeira metade do século XX, foi idealizado pelas classes dominantes e embasou intelectualmente o

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 532.

¹⁶² MEIRELLES, Ana Thereza. Práticas Eugênicas e limites aos direitos reprodutivos em face da proteção ao patrimônio genético. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 14. Porto Alegre: Síntese, 2014, p. 20.

¹⁶³ HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Genoma Humano: Eugenia e discriminação genética**. p. 179. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

¹⁶⁴ CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 339.

racismo, a discriminação dos pobres e condenou a reprodução de deficientes físicos e mentais. Em virtude dessa ideologia, inúmeras pessoas pobres e com deficiência foram esterilizadas de maneira forçada nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e de 1930. Esse determinismo genético também fundamentou o extermínio racial provocado pelos nazistas que perdeu força e provocou vergonha após a 2ª Guerra Mundial.¹⁶⁵

Conforme Maria Helena Diniz¹⁶⁶, "a terapia gênica deve procurar superar a moléstia, não podendo alterar as características hereditárias não patológicas, e muito menos pretender a eugenia, em busca de um ser humano perfeito".

Ainda nesse mesmo sentido, ela trata da desconstrução da ideia de eugenismo:

É um dos desafios para a bioética e para o biodireito, pois, diante de tanto conhecimento científico e capacidade tecnológica, deve-se ter como paradigma os princípios da sacralidade da vida e da dignidade do ser humano, derrubando o "fascínio" criado pela eugenia negativa, tão prejudicial aos direitos das minorias portadoras de mal congênito.

[...]

É preciso repudiar o eugenismo enquanto discriminação dos portadores de um patrimônio genético defeituoso e tentativa de intervenção não terapêutica no patrimônio cromossômico, visando a produção de seres selecionados e perfeitos.¹⁶⁷

Com a ideia do eugenismo e com as técnicas de terapia genética, haveria possibilidade da criação de embriões com melhores qualidades genéticas, o que acarretaria no risco de mudança da espécie humana.¹⁶⁸

Para Ana Thereza Meirelles¹⁶⁹:

Não emitir disciplina jurídica, por meio de atos legislativos, a algumas condutas consideradas eticamente inadequadas implica no risco de encará-las como legítimas e lícitas, considerando a não existência de dispositivos que expressamente as proibam. O tratamento normativo da eugenia no Brasil é, inegavelmente, incipiente, pois carece, de início, de esclarecimentos quanto a alguns conceitos legais e quanto à extensão de aplicação de determinados dispositivos.

Sendo assim, o Brasil só permite esse tipo de terapia com o objetivo de corrigir alguma deficiência física grave, o que está regulamentado na Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).¹⁷⁰

¹⁶⁵ PENCHASZADEH, Victor *apud* MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1182-1183.

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 532-533.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 519.

¹⁶⁹ MEIRELLES, Ana Thereza. Liberdade reprodutiva e práticas eugênicas: Parâmetros éticos e normativos para a tutela do patrimônio genético humano. **Teses da Faculdade Baiana de Direito.** v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 23.

¹⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 527.

Porém, um dos problemas acerca do estudo genético também diz respeito à possibilidade de identificação de genes que propiciem o desenvolvimento de personalidade violenta e criminosa, o que poderiam causar uma forma de segregação para com esses indivíduos.¹⁷¹ Cada vez mais pesquisas revelam a descoberta dos genes responsáveis por determinadas características como a homossexualidade, tendência ao crime ou a comportamento violento, entre outros. A divulgação desses genes para a sociedade, através da mídia, pode gerar uma grande discriminação genética de indivíduos, ou até mesmo de sua família, em decorrência de algo incerto.¹⁷²

São os testes genéticos preditivos que possibilitam o conhecimento da informação genética do indivíduo. Tais testes apresentam benefícios, porém o uso inadequado e o acesso irrestrito podem causar a violação de direitos fundamentais.

Denise Hammerschmidt¹⁷³ dispõe que:

A informação genética é preditiva, constitui um indicador da possível saúde do indivíduo. Da informação genética deriva um conhecimento de probabilidade e aproximativo: a predição do futuro do indivíduo não é inteiramente certa, porém aproximada e limitada.

Como no Brasil não há leis que tratem da matéria, se faz necessário a busca da legitimação e normatização a partir de uma interpretação do ordenamento para que a utilização desses testes em prol da saúde seja realizada de maneira eticamente correta.¹⁷⁴

Sendo assim, o profissional médico também desempenha um importante papel para coibir qualquer prática discriminatória, uma vez que é o responsável pelas informações genéticas obtidas e pelo aconselhamento genético. O aconselhamento genético, também chamado de assessoramento genético, faz parte da medicina preditiva ou preventiva e é um procedimento feito para advertir pacientes das possíveis enfermidades de origem genética que eles possam desenvolver ou transmitir hereditariamente.¹⁷⁵

¹⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 509.

¹⁷² STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 48.

¹⁷³ HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Rev.Trib., ano 94, v. 837, jul. 2005. p. 19-20.

¹⁷⁴ LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 30, enero 2014. p. 96. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

¹⁷⁵ CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biociencia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 63.

Os diagnósticos preditivos podem gerar a discriminação de indivíduos que não apresentem enfermidades, mas que possuam genes que, se manifestados, são capazes de provocar determinadas doenças.¹⁷⁶

O uso inadequado da informação genética pode gerar perigos e preconceitos diversos, tais como: o reducionismo e determinismo genético, eugenismo, estigmatização e discriminação por condições genéticas, bem como a perda ou a diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso não autorizados nas esferas e conhecimentos reservados.¹⁷⁷

Ana Paula Myszczyk e Jussara Maria de Meirelles¹⁷⁸ dispõem que:

O determinismo ou reducionismo genético faz com que se abandone à visão do ser humano enquanto um organismo e se imponha uma visão cindida e despersonalizada do mesmo, levando a distinção entre indivíduos e grupos sociais com base, exclusiva, em suas características genética. Reduz-se a pessoa a um dependente de sua informação genética e ao produto exclusivo desta e se esquece de seu organismo como um todo e que interage com o meio ambiente.

O reducionismo se baseia na interpretação da realidade humana considerando somente a informação genética, ao passo que o determinismo crê que a conduta humana é estabelecida pelos genes, dando certeza a um evento incerto.¹⁷⁹

Dado o exposto, os diagnósticos genéticos preditivos podem originar um conjunto de indivíduos com características normais, mas que podem ser discriminados por apresentarem qualquer traço ou indicação de moléstias.¹⁸⁰

3.3 DADOS GENÉTICOS, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O desenvolvimento tecnológico se mostra importante no alcance de melhorias sociais que facilitam a vida das pessoas. Porém, o progresso científico vem causando um grande impacto social em questões relacionadas com a biomedicina, na qual se insere a engenharia genética.

¹⁷⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Genoma Humano: Eugenia e discriminação genética.** p. 186. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 176-177.

¹⁷⁸ MYSZCZYK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1182.

¹⁷⁹ FRAGA, Ivana de Oliveira. Violação à identidade, intimidade e ineditismo genéticos como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.** n° 20, ano 2010.1, p. 30.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 31.

Os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade se destinam à proteção jurídica de determinadas qualidades da personalidade humana, cada um em planos diferentes de proteção.¹⁸¹ Os direitos da personalidade protegem a pessoa em si, já os direitos humanos protegem uma quantidade maior de bens jurídicos, que abrange a pessoa e também as questões políticas e culturais a ela relacionada. Enquanto os direitos fundamentais abrangem os direitos sociais, culturais, políticos e econômicos de determinada comunidade.¹⁸²

Os direitos humanos são mais voltados para o âmbito internacional, independentemente de como cada Estado trata a matéria, ao passo que os direitos fundamentais cuidam dos direitos que foram positivados na Constituição do Estado, se tratam de uma opção do constituinte. Já a expressão direitos da personalidade é utilizada no âmbito das relações privadas para proteger determinadas qualidades humanas, mas que também podem encontrar amparo no plano Constitucional e internacional.¹⁸³

Paulo Bonavides¹⁸⁴ dispõe que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos previstos na Constituição que gozam de maior proteção, segurança e garantias, tanto que só podem ser alterados mediante emendas constitucionais. Trata-se de direitos que variam de um Estado para outro, de acordo com suas ideologias, valores e formas de governo, ou seja, cada país tem seus direitos fundamentais considerados como absolutos.

Sendo assim, os direitos da personalidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem conteúdos semelhantes, porém são utilizados de maneira diferenciada, pois os últimos tratam de situações que não têm relação com atributos do ser humano considerado em si mesmo, que não decorrem de sua personalidade.¹⁸⁵

A dignidade é uma qualidade inerente a todo ser humano, pois decorre da sua condição de pessoa e constitui valor universal, independentemente da diversidade sociocultural, é um atributo que sempre deverá ser observado e que busca a igualdade e respeito com relação aos seus semelhantes. Então, apesar de todas as diferenças existentes, sejam elas físicas ou

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 13

¹⁸² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade**: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 25-26. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2014, p. 13

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 579.

¹⁸⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, p. 25-26.

psicológicas, todos possuem as mesmas necessidades vitais, portanto, são titulares de dignidade em virtude de sua condição humana.¹⁸⁶

Para Ricardo Maurício¹⁸⁷:

Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Em se tratando do princípio da dignidade humana, ele influencia todas as normas jurídicas, mas possui relação mais próxima com os direitos fundamentais e com os direitos da personalidade.¹⁸⁸ A dignidade tem a igualdade e a liberdade como seus pilares. Dessa forma, através dos preceitos éticos de igualdade, serão assegurados os direitos do indivíduo, independente de etnia, sexo, religião, cor ou qualquer outra característica. Já a liberdade, amplamente considerada, possibilita que o indivíduo exerça seus direitos de forma plena, porém, ela encontra limites nos direitos da personalidade de outros sujeitos, como acontece quando deparada, por exemplo, com a intimidade e a vida privada.¹⁸⁹

Ocorre que, com o avançar das pesquisas relacionadas ao Projeto Genoma, buscou-se direcionar e regulamentar a atividade dos pesquisadores através de preceitos éticos e morais, limitando juridicamente a atuação profissional e científica. Para isso foi editada a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. O objetivo fundamental desta declaração é proteger os direitos humanos de qualquer lesão ou ameaça de lesão decorrente das práticas relacionadas ao genoma humano ou de qualquer atividade científica que atente contra a dignidade humana.¹⁹⁰

¹⁸⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** p. 2-3. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em: 22 jul. 2015.

¹⁸⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e perspectivas.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 46.

¹⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.* p. 15.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 4-5.

¹⁹⁰ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1185.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos disciplina a dignidade humana como valor fundamental e proíbe qualquer tipo de discriminação baseada em dados genéticos nos seus artigos 2º e 6º.¹⁹¹

Artigo 2. a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas.

b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

[...]

Artigo 6. Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental e basilar do nosso ordenamento, de grande hierarquia axiológica, consagrada no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 que norteará o entendimento de todos os direitos fundamentais individuais (vida, igualdade, liberdade), sociais (saúde, educação, moradia, trabalho), entre outros. Contudo, o grande problema dessa cláusula geral reside no fato de se tratar de um conceito jurídico indeterminado (apesar de se conhecer as consequências legais do seu descumprimento, existe dúvida quanto ao significado dessas expressões ou palavras contidas nas normas).¹⁹² Immanuel Kant¹⁹³ foi um dos primeiros autores a falar sobre a dignidade, relacionando-a com o fato de que não se deve atribuir um valor ao ser humano, pois este é um fim em si mesmo.

Diante disso, dispõe Daniel Sarmiento¹⁹⁴:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor fonte do ordenamento jurídico [...] Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e

¹⁹¹ UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

¹⁹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e perspectivas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 52-57.

¹⁹³ No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade. [...] Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2007, p. 77-78. Disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2015.)

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

balizando não apenas atos estatais, mas também toda miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.

Dessa forma, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, muitos autores buscaram conceituar a dignidade humana através de diferentes abordagens. Sendo assim, Ingo Sarlet¹⁹⁵ é quem melhor define a dignidade da pessoa humana após seu estudo e análise das diversas formas em que o princípio é tratado pela doutrina:

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

Conforme visto no tópico da Identidade genética e sua tutela jurídica, um dos objetivos da bioética é proteger a dignidade da pessoa humana dos abusos relacionados às questões biotecnológicas, com enfoque para o presente trabalho às descobertas relacionadas à genética como o mapeamento e manipulação dos genes. A bioética dá proteção especial à vida e à dignidade humana e seu objetivo final é o bem da pessoa humana.¹⁹⁶ Partindo dessa premissa que o art. 5º, IX da Constituição Federal de 1988, que trata da liberdade científica, sofre limitações. Ou seja, apesar de se tratar de um direito fundamental, existem outros bens jurídicos e direitos, também fundamentais, que podem ser violados devido ao uso inadequado da atividade científica, tais como a vida e a intimidade.¹⁹⁷

Conforme discorre Maria Helena Diniz:

Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade.¹⁹⁸

Então, com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento do Estado. Com isto, o princípio é pilar de defesa para os direitos individuais e base para qualquer interpretação, inclusive referente às questões que envolvem a biologia e

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 167.

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 31

¹⁹⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

medicina. Além disso, serve de norma jurídica que direciona a aplicação de garantias, direitos e deveres fundamentais.¹⁹⁹

Com base no que foi visto, se necessário, o avanço da medicina deve sofrer limitação para salvaguardar a dignidade humana, pois esta é um valor ético condicionante de todas as práticas biomédicas. As ciências da bioética e do biodireito têm relação direta com os direitos humanos e não podem se omitir com relação às práticas abusivas contra a pessoa, que usam como pretexto o progresso científico em prol da sociedade para agir de maneira contrária à dignidade humana, uma vez que essas atividades podem trazer diversos riscos.²⁰⁰

O conhecimento aprofundado sobre o genoma humano possibilita de forma esperançosa a detecção, prevenção e tratamento de inúmeras doenças que ainda não possuem cura. Porém, como todo avanço científico, isto não traz somente benefícios, o conhecimento e acesso dessas informações por terceiros deixa o ser humano socialmente mais vulnerável, pois interfere em sua vida privada.²⁰¹

Atualmente, existem inúmeras discussões nos tribunais sobre o princípio da dignidade humana, notada, especialmente, na seara da responsabilidade civil que traz a indenização por dano moral caso haja lesão a algum dos direitos da personalidade.²⁰²

Vejamos alguns julgados que envolvam a tutela desses direitos:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1025104 RS 2008/0010959-2 (STJ)²⁰³

Data de publicação: 13/05/2010

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. EXTRATO DE FGTS ENDEREÇADO AO RECORRENTE E ENVIADO À SEDE DA RECORRIDA, SUA EX-EMPREGADORA. UTILIZAÇÃO DA CORRESPONDÊNCIA VIOLADA PARA INSTRUÇÃO DA DEFESA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO SIGILO DA CORRESPONDÊNCIA E DA PROTEÇÃO À INTIMIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - A responsabilização por dano moral, na hipótese dos autos, opera-se por força da simples violação de correspondência (*in re ipsa*), independentemente de prova da lesão. - A informação

¹⁹⁹ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1190.

²⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-44.

²⁰¹ HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Genoma Humano**: Eugenia e discriminação genética. p. 176-177. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015

²⁰² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. p. 31-32. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em: 22 jul. 2015

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL : REsp 1025104 RS 2008/0010959-2**. Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272792/recurso-especial-resp-1025104-rs-2008-0010959-2>>. Acesso em: 01 set. 2015.

consignada em todos os modelos de extratos do FGTS encontra-se amparada pelo dever de sigilo previsto no art. 1º da Lei Complementar 105 /01. - Ao utilizar o documento violado para sustentação de seus argumentos nos autos de reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente, a recorrida conferiu indevida publicidade ao conteúdo da correspondência violada, o que representa ingerência na vida privada do recorrente. Recurso Especial conhecido e provido.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 22938220125180102 (TST)²⁰⁴

Data de publicação: 28/11/2014

Ementa: RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. COMANDO EMPRESARIAL PARA QUE O TRABALHADOR DISPA-SE DE SUAS ROUPAS EM UM PONTO DO VESTIÁRIO E SE DESLOQUE PARA OUTRO, NA PRESENÇA DE TERCEIROS, AINDA QUE COLEGAS DE TRABALHO E DO MESMO SEXO, PARA, ENTÃO, RECEBER E VESTIR O UNIFORME. EXPOSIÇÃO INDEVIDA DA INTIMIDADE. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. 1. A expressão "dano" denota prejuízo, destruição, subtração, ofensa, lesão a bem juridicamente tutelado, assim compreendido o conjunto de atributos patrimoniais ou morais de uma pessoa, sendo passível de materialização econômica. 2. O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos", devendo "agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade". 3. Desbravar o princípio da dignidade da pessoa humana, em face dos contornos jurídicos que envolvem a responsabilidade pela reparação, configura atividade essencial para que se compreenda o perfeito alcance do conceito de dano juridicamente relevante. 4. Em uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), incumbe ao empregador diligente, sob a premissa da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), promover o meio ambiente do trabalho saudável, para que o trabalhador possa executar as suas atividades com liberdade, sob a gerência da responsabilidade social. 5. O comando empresarial para que o trabalhador dispa-se de suas roupas em um ponto do vestiário e se desloque para outro, na presença de terceiros, ainda que colegas de trabalho e do mesmo sexo, para, então, receber e vestir o uniforme, renega-lhe o direito à preservação da intimidade e dignidade, vulnerando o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido.

Nas referidas decisões, nota-se a necessidade de proteção ao direito à intimidade, uma vez que sua violação tem implicância direta na dignidade humana, devendo, então, serem passíveis de indenização em virtude da importância jurídica desse princípio.

Por fim, a própria Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos possibilita a indenização em virtude da intervenção nos dados genéticos: "Artigo 8. Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma."

205

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RECURSO DE REVISTA : RR 22938220125180102**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153991793/recurso-de-revista-rr-22938220125180102>>. Acesso em: 01 set. 2015

²⁰⁵ UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015

Sendo assim, entende-se que a intervenção nos dados genéticos também é capaz de gerar danos ao indivíduo em face da violação à sua intimidade e, conseqüentemente, o desrespeito ao princípio basilar do ordenamento jurídico, qual seja a dignidade humana.

3.3.1 Definição e características dos direitos da personalidade

A personalidade é um conjunto de qualidades ou características psicológicas que definem a pessoa como ser individual, com formas de ser, agir e pensar únicos. Nas palavras de Fernanda Loch:²⁰⁶

O termo personalidade pode ser entendido como o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e volutivo dos bens integrantes da materialidade física e espiritual do ser humano, sócioambientalmente integrados. No âmbito jurídico, conforme destaca Otero, personalidade deve ser entendida como o reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é suscetível de ser titular de direitos e assumir obrigações, traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa.

Bruno Naves diferencia a personalidade dos direitos da personalidade da seguinte forma:

Personalidade e direitos de personalidade, apesar de intrincados são institutos distintos. Dito de outra forma: o primeiro enfoca a pessoa em seu aspecto subjetivo, permitindo que alguém seja sujeito de relações e situações jurídicas. Já os direitos de personalidade concentram-se no aspecto objetivo, isto é, são objeto de relações e situações jurídicas.²⁰⁷

Então, no âmbito jurídico, fala-se nos direitos da personalidade, que têm por objeto a tutela das projeções físicas ou psíquicas da pessoa, de sua essência bem como suas características mais importantes.²⁰⁸

Não há na Constituição Federal de 1988 dispositivo específico que tutele a personalidade do ser humano, sendo assim, tal direito é reconhecido através do princípio da dignidade humana que funciona como cláusula geral de proteção ao indivíduo e a sua personalidade.²⁰⁹

Esses direitos são disciplinados pela Constituição Federal (art. 5º, X) e pelos arts. 11 a 21 do Código Civil brasileiro.

²⁰⁶ LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30, enero 2014. p. 96. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁰⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 17. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

²⁰⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

²⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

Acerca desses direitos, Bruno Torquato Naves e Maria de Fátima Sá compreendem que:²¹⁰

Direitos da personalidade são aqueles que têm por objetivo os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos de personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo.

Não são direitos taxativos porque sua lista é aberta e formada por diversos tipos. Estão sempre em expansão, por isso a doutrina europeia fala em um direito geral da personalidade que compreende todos os tipos de direitos da personalidade existentes como também os que podem vir a surgir. Então, o rol desses direitos, previstos na Constituição Federal e no Código Civil de 2002, são exemplificativos, ou seja, não precisam estar totalmente tipificados.²¹¹

Para alguns doutrinadores, os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano e existem independentemente de norma positiva, ou seja, mesmo que ainda não houvesse legislação sobre o tema, eles já seriam passíveis de tutela jurídica.²¹² Dessa forma, antes do Código Civil de 2002, os direitos da personalidade eram tratados pela doutrina e jurisprudência com base na Constituição Federal.²¹³

São nove as principais características dos direitos da personalidade, vejamos:

Primeiramente, pode-se falar que eles são originários ou inatos porque existiam antes de qualquer disposição legislativa já que são inerentes ao homem. Basta o nascimento com vida para que a pessoa o adquira, pois decorrem de sua própria condição humana.²¹⁴

Dizem-se absolutos, pois têm oponibilidade *erga omnes*, ou seja, existe a obrigação geral de não provocar atos lesivos contra esses direitos. Porém, apesar de serem absolutos, não se deve dizer que são ilimitados, pois os direitos da personalidade encontram limites nos direitos do

²¹⁰ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 7

²¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e dignidade: Da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2006, p. 561.

²¹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. p. 19. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em: 22 jul. 2015

²¹³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 17. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

²¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

próximo, sendo que qualquer abuso deve ser considerado ato ilícito, conforme disciplina o art. 187 do Código Civil brasileiro;²¹⁵

Outra característica é a essencialidade, pois, como o ordenamento jurídico é baseado na proteção à dignidade humana, os direitos da personalidade são necessários à formação e preservação desse princípio;²¹⁶

São vitalícios, porque se extinguem somente com a morte. Também são indisponíveis, pois não podem ser renunciados, caso contrário, estaria se renunciando à própria dignidade.²¹⁷ Permanecem com seu titular independente de sua vontade, pois fazem parte de sua existência.²¹⁸

Embora possam repercutir no patrimônio, são extrapatrimoniais, pois o direito em si não possui avaliação econômica. Pode-se dizer também que são inalienáveis ou intransmissíveis, pois não há como transferir para outras pessoas a sua titularidade.

Há também a imprescritibilidade, pois eles sempre podem ser defendidos ou exercidos pelo titular, ou seja, não se submetem a prazos nem se extinguem pelo decorrer do tempo.²¹⁹

Por fim, tem-se a impenhorabilidade, o que quer dizer que os direitos da personalidade não podem sofrer execução judicial já que são intransmissíveis e extrapatrimoniais.²²⁰

Tendo em vista os aspectos observados, a lesão a qualquer direito da personalidade, ainda que não previstos expressamente pelo Código Civil, caracteriza o dano moral, que consiste na violação a algum atributo da personalidade humana.²²¹ Apesar da lesão à personalidade ser dificilmente reparável, o ofendido tem direito à compensação pelo dano moral, que será feito, na maioria das vezes, através de indenização pecuniária a ser arbitrada pelo juiz de acordo com a gravidade do dano.²²² Esse ressarcimento é cabido, pois não há um meio de reparar o

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade:** Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 38-41. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015.

²¹⁶ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 62

²¹⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, p. 38-41.

²¹⁸ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p. 63

²¹⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

²²⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2007. p. 38-41.

²²¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

²²² *Ibidem*, p. 17-18.

dano e restituir a pessoa de maneira integral ou satisfatória, sendo assim, antes essa reparação do que nenhuma.²²³

3.3.2 O direito à intimidade à luz da dignidade humana

As mudanças tecnológicas e sociais ocorrem com uma brevidade incompatível com o mecanismo de criação de novas normas jurídicas que regulem esses fatos. É notório que o direito não consegue acompanhar essas mudanças com a mesma velocidade que elas acontecem, porém não há como se abster de determinadas situações que necessitam desse controle jurídico.

Da mesma forma, busca-se resguardar o direito à intimidade do progresso científico, evitando, desse modo, a exposição de qualquer tipo de informações do indivíduo que somente diz respeito a si próprio.

A despeito de não haver, anteriormente, normas expressas de proteção à vida privada e à intimidade, os princípios gerais do direito conseguiam alcançar e proteger os bens jurídicos que envolviam a privacidade e a intimidade. Mas, somente com o desenvolvimento da vida em sociedade aliada aos avanços tecnológicos é que se buscou uma proteção maior a esses direitos no ordenamento jurídico.²²⁴

A intimidade e a vida privada só foram previstas na Constituição Federal de 1988, uma vez que nenhuma das Constituições anteriores fez menção expressa a esses direitos, assim como o Código Civil de 1916 não tratava dos direitos da personalidade, que só vieram a ser regulados a partir da década de 1960.

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em proteger a privacidade dos cidadãos ao prever, expressamente, o direito subjetivo à intimidade. Essa previsão foi importante, pois colocou a intimidade no rol dos direitos fundamentais e reforçou a necessidade de proteção à vida privada depois de um longo período de ditadura militar e de violação aos direitos da pessoa.

²²³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.

²²⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. p. 4. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

A Constituição Federal coloca a vida privada e a intimidade como direitos individuais fundamentais que devem ser protegidos do conhecimento de terceiros.²²⁵ Tal previsão está no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, vejamos: "Art. 5º [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."²²⁶

Então, conforme previsão constitucional vista, a proteção à intimidade e à vida privada são direitos fundamentais, portanto, são consideradas cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal de 1988, de eficácia plena, ou seja, elas não necessitam de disposição legislativa para ter efetividade pois possuem aplicação imediata (art. 5, § 1º da CF/88).

Além do Código Civil brasileiro de 2002, que tutela de forma geral os direitos da personalidade, merece destaque especial a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), que protege a vida privada e traz a indenização por dano moral em virtude de alguma violação a esse direito, além de colocar a vida privada como forma de limitar o exercício do direito da liberdade de informação.²²⁷

O art. 1º da referida lei trata da liberdade de informação e da indenização pelos abusos cometidos e o art. 49º dispõe sobre a violação dos direitos e prejuízos causados em virtude disso:²²⁸

Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

[...]

Art. 49: Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias; II- os danos materiais nos demais casos. § 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público.

A tecnologia de um modo geral tem possibilitado um maior acesso à intimidade das pessoas e o acesso irrestrito, por parte de terceiros indesejáveis, pode causar prejuízos irreparáveis.²²⁹

²²⁵ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. p. 1. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

²²⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Op. cit.*, p. 17-18.

²²⁸ BRASIL. **Lei de Imprensa: Lei n. 5.250 de 09 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

Logo, o Código Civil de 2002 trouxe dispositivos expressos sobre os direitos da personalidade e dedicou os arts. 20 e 21 para proteger a intimidade:²³⁰

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização de imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

[...]

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Não há consenso doutrinário a respeito da diferença de conceitos da intimidade e da vida privada. Parte da doutrina diz que ambas são desdobramentos do direito à privacidade, enquanto outros doutrinadores tratam como direitos autônomos, uma vez que a Constituição faz referência às duas expressões.

Elaine Nassif diz que não é fácil distinguir a intimidade da vida privada, por isso boa parte dos doutrinadores tratam esses direitos da mesma forma. Para ela, a primeira diz respeito a uma esfera mais íntima do indivíduo por guardar seus segredos e características morais. Já, a vida privada do indivíduo, compreende o aspecto exterior, que diz respeito àquilo que pode ser divulgado a terceiros, pois se trata das relações sociais e públicas da pessoa; e o aspecto interior correspondente às relações com amigos e familiares, seria a ideia de vida privada inviolável de acordo com a Constituição.²³¹

Nessa mesma linha, Luciano Augusto de Toledo Coelho dispõe:²³²

Ressalte-se que, doutrinariamente, vida privada está ligada à relação com a coletividade, protegendo o indivíduo do conhecimento alheio. Intimidade diz respeito a uma esfera mais fechada, que permite inclusive o desenvolvimento reservado da própria personalidade.

Portanto, a vida privada se refere, por exemplo, à convivência familiar, com amigos ou no trabalho, ou seja, diz respeito à convivência do indivíduo com determinados meios. Pode-se dizer que ela está no meio termo entre a vida pública e a intimidade. Já a intimidade está relacionada com o meio mais reservado e íntimo do indivíduo. A intimidade é mais secreta,

²²⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. p. 2. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²³⁰ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

²³¹ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.** Belo Horizonte, Jul./Dez.99. p. 111.

²³² COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. p. 94. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015

logo, não deve ser exposta ou compartilhada nem mesmo com aqueles que fazem parte da vida privada.

Com relação à intimidade, diz Silvio Romero Beltrão:²³³

A intimidade deve ser preservada ante a necessidade das pessoas de manterem afastado do público aquilo que lhe é mais íntimo, muitas vezes por vergonha de expor suas fraquezas, imperfeições, limitações de conhecimento e falta de habilidades, e até porque certos modos de vida podem sofrer reprovação social, daí o sentimento de vergonha que é desencadeado pela expectativa, segundo os valores sociais da censura e desaprovação de outras pessoas.

Ainda que o direito à intimidade tenha a característica de ser oponível *erga omnes*, foi visto que os direitos da personalidade também sofrem limitações. Algumas das limitações ao exercício do direito à intimidade são trazidas de maneira legislativa ou podem decorrer de determinação judicial. Diz-se que são extrínsecas, quando coincidem com outros direitos também protegidos; e intrínsecas quando dizem respeito ao limite imposto pela lei.²³⁴

Um exemplo de restrição legal está no art. 5º, XII da Constituição Federal que diz:

Art. 5º [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Já, com relação à atuação do Judiciário, a intimidade pode ser restringida de duas formas: Primeiro, através de medidas derogatórias, que devem ser fundamentadas legalmente, onde o órgão jurisdicional poderá restringir o direito à intimidade com o intuito de proteger um interesse maior, como acontece no art. 5º, XI da Constituição Federal de 1988:²³⁵ "Art. 5º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial."²³⁶ Segundo, quando envolver a solução de conflitos que envolvem outros direitos da personalidade, devendo-se ponderar qual o direito mais importante.²³⁷

Nessa mesma linha dispõe Elimar Szaniawski²³⁸:

²³³ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. p. 24. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²³⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: De acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

²³⁵ *Idem. Op. cit.*, p. 13-14.

²³⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2015.

²³⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Op. cit.* p. 13-14.

²³⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 180.

Estas características, embora marcantes, não podem ser consideradas em grau absoluto, uma vez que existem exceções, surgindo o direito à disponibilidade relativa pelo seu titular, ou quando o direito da personalidade deverá ceder frente a outro direito fundamental, ou se estiver diante de um interesse público ou social preponderante [...].

Então, a intimidade tem condição de direito subjetivo e, por se tratar de um direito da personalidade, possui as mesmas características desses direitos. Em vista dos argumentos apresentados, sabe-se que, apesar de ser um direito absoluto, sofre também limitação no âmbito legislativo e judicial. É também um direito indisponível, contudo, pode ser divulgado, a depender da vontade de seu titular, como também pode haver a revogação dessa autorização de forma unilateral a qualquer tempo.²³⁹

A despeito da existência de uma maior tutela acerca da intimidade, pouco ainda são os casos de defesa desses direitos nos tribunais, sendo o dano moral, na maioria dos casos, o meio disponível para resguardar esse direito.²⁴⁰ Em sua maior parte, os casos emanam da Justiça do Trabalho, conforme julgado a seguir:

TST - RECURSO DE REVISTA RR 1107007720135130009 (TST)²⁴¹

Data de publicação: 19/09/2014

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA - LEI Nº 9.029 /95. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO DE INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E HONRA. Ao exigir a exibição de certidão de antecedentes criminais, ainda que ausente situação que a reclame, incorreu em potencial violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, o que autoriza o processamento do recurso de revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO QUE A RECLAME. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA - LEI Nº 9.029 /95. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIOLAÇÃO DE INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E HONRA. O art. 1º, III, da Constituição Federal estabelece como um dos fundamentos da República -a dignidade da pessoa humana-, proclamando, ao mesmo tempo, a igualdade jurídica (art. 5º, caput), sendo -invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação- (art. 5º, X, da CF). Assim, ao exigir, o empregador, a apresentação de certidão de antecedentes criminais, sem que tal providência guarde pertinência com as condições objetivamente exigíveis para o trabalho oferecido, tem-se como vilipendiada a dignidade do candidato ao posto de serviço pretendido, por desafiar o direito ao resguardo de sua intimidade, vida privada e honra, valores esses constitucionais. A atitude ainda erige ato discriminatório, assim reunindo as

²³⁹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. p. 24. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 1107007720135130009**. Relator(a): Vania Maria da Rocha Abensur. Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140544512/recurso-de-revista-rr-1107007720135130009>>. Acesso em: 01 set. 2015.

condições necessárias ao deferimento de indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido.

A referida decisão do Tribunal Superior do Trabalho mostra que práticas adotadas pelo empregador que violem a intimidade do trabalhador repercutem não somente na vida privada deste, mas também na sua honra e dignidade. Então, o desrespeito aos valores constitucionais, nos quais estão inseridas a intimidade e a vida privada, ensejam indenização por danos morais como forma de se compensar a lesão provocada a esses direitos personalíssimos, conforme fora visto no tópico anterior.

3.3.3 Os dados genéticos e o direito fundamental à intimidade

Apesar dos benefícios alcançados, a evolução tecnológica possibilitou uma maior divulgação de informações a respeito da pessoa, acarretando numa maior necessidade de proteção jurídica ao indivíduo. Um dos pontos que necessita de especial tutela do direito fundamental à intimidade diz respeito aos dados genéticos do ser humano, uma vez que o desenvolvimento científico dos últimos anos possibilitou o mapeamento e conhecimento dessas informações pelos cientistas.

As pesquisas genéticas possibilitaram um avanço para a medicina, ao passo que possibilitou o conhecimento dos genes humanos que são responsáveis por determinadas doenças. Porém, em razão do desvirtuamento da finalidade que se buscava com o mapeamento, surge a preocupação acerca da divulgação e utilização desses genes contra o próprio indivíduo. Por todos esses aspectos, urge a necessidade de tutela jurídica à intimidade genética, como critério para evitar abusos e violação à esfera íntima do indivíduo.

Os dados genéticos possuem relação direta com as características dos direitos da personalidade. Eles são essenciais, pois as informações presentes nos genes regem o corpo humano. Também são vitalícios, pois estão presentes durante toda vida do ser. Pode-se dizer também que são indisponíveis e intransmissíveis, uma vez que dizem respeito à vida do sujeito. Por fim, são extrapatrimoniais, porque não são valoráveis economicamente, logo, não podem ser comercializados. Levando-se em consideração esses aspectos, é possível afirmar

que os dados genéticos se inserem na categoria dos direitos da personalidade, pois ambos são inerentes à própria pessoa.²⁴²

Para Tereza Rodrigues Vieira:²⁴³

Dentre os direitos da personalidade se encontra o direito à intimidade. A intimidade genética está diretamente relacionada com o direito que o indivíduo possui de expor ou não suas informações genéticas, e, conseqüentemente, à proteção contra a invasão e a exibição de seu mapa genético, que poderá revelar inúmeros benefícios, bem como trazer conseqüências malélicas e desastrosas para a vida do indivíduo.

Ainda com relação aos dados genéticos, são informações que podem ser obtidas através do DNA do homem. O simples fato de haver possibilidade de obter alguma informação do genoma humano já necessita de uma tutela jurídica. Por isto, há necessidade de proteção à intimidade genética, além do mais, o indivíduo pode se recusar à análise do seu genoma.²⁴⁴

O direito à intimidade genética está inserido nos direitos da personalidade e diz respeito ao direito que o sujeito possui de preservar suas informações genéticas da intromissão alheia, bem como regular o uso destas. Através desse direito, a pessoa poderá delimitar quem poderá e sob quais condições ter acesso a esses dados.²⁴⁵

Jussara Maria de Meirelles e Ana Paula Myszczyk explicam da seguinte forma:²⁴⁶

A genética, por sua vez, faz com que seja necessário falar em intimidade genética, que consiste na garantia conferida ao ser humano de determinar as condições de acesso à informação genética. Tal intimidade compreende dois elementos. O primeiro consiste no elemento objetivo, integrado pelo próprio genoma ou por qualquer tecido ou parte do corpo humano em que seja possível encontrar a informação genética, assim como pelo direito de ter acesso às informações contidas no genoma. O segundo elemento, denominado de subjetivo, consiste na autodeterminação informativa, ou seja, na garantia conferida à pessoa investigada de determinar quem e em que condições é possível ceder as informações sobre o genoma.

Com relação aos dados obtidos através dos exames de investigação genética, os resultados não devem chegar ao conhecimento de terceiros sem o consentimento da pessoa como forma

²⁴² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade:** Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 55. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

²⁴³ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.** Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 46

²⁴⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, p. 54.

²⁴⁵ LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 30, enero 2014. p. 96. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁴⁶ MYSCZYK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho:** Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1192.

de preservação da privacidade da informação genética.²⁴⁷ Isso se deve ao fato de o DNA conter as características biológicas do ser humano, como por exemplo, aspectos da personalidade e predisposição a certos tipos de doenças, que podem causar prejuízos quando conhecido por terceiros, como acontece em casos no qual o empregador utiliza esse tipo de informação como base para contratação de determinado empregado.

Para que haja alguma forma de intervenção genética no indivíduo, é necessário o consentimento deste, que deve ser livre (sem vícios como coação, erro ou fraude) e esclarecido. Tal consentimento deverá ser dado somente após o conhecimento dos procedimentos a serem adotados bem como objetivos, benefícios e eventuais riscos, conforme trata o art. 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.²⁴⁸

Da mesma forma, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos se baseia nos princípios da autonomia e da beneficência para dispor sobre esse assunto da seguinte maneira.²⁴⁹

Artigo 5. a) A pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional.

b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo.

Em virtude da autonomia privada, é possível o controle dos dados genético por parte do seu titular, antes ou após a sua coleta. Sendo assim, para que seja realizado o exame genético, é necessário que haja toda uma explicação prévia ao indivíduo sobre o procedimento que será realizado, bem como suas vantagens e riscos. Por isso que o aconselhamento genético prévio se faz importante, pois permite a transmissão dessas informações de modo mais claro.²⁵⁰

Aliado a este fato, Fernanda Loch²⁵¹ traz o seguinte argumento:

²⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 507.

²⁴⁸ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 42

²⁴⁹ UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015

²⁵⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 165. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

²⁵¹ LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 30, enero 2014. p. 105. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

A Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (1997), no artigo 12, dispõe que os testes genéticos preditivos de doenças somente podem ser realizados para fins médicos e com o aconselhamento genético adequado. Entende-se por aconselhamento genético, conforme o Artigo 2 XIV da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004), o procedimento de explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou rastreio genético, suas vantagens e riscos, e se for o caso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo, sendo esse aconselhamento necessário antes e depois da realização do teste.

O profissional médico que irá fazer o assessoramento genético deverá resguardar a intimidade do paciente assim como é feito nos demais ramos da medicina, sendo que o dever de sigilo aqui é de maior importância pois os dados genéticos contém informações sobre o indivíduo, inclusive de possíveis enfermidades que este venha a desenvolver, o que pode ocasionar um grave problema de estigmatização ou de determinismo social.²⁵²

Contudo, deve-se respeitar o direito de não saber da pessoa, ou seja, ela não deve ser obrigada a saber dos resultados dos testes genéticos como também deve ser respeitada a sua vontade se não quiser realizá-los. Sobre esta questão, o art. 10º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos dispõe que a pessoa tem o direito de escolher se quer ou não ser informada dos resultados dos testes genéticos que foi submetida. Também estende o direito de não saber aos familiares.²⁵³

Ainda que o art. 5º, IX da Constituição Federal garanta a liberdade de pesquisa, essa liberdade encontra limites no consentimento do indivíduo, que deve ser obtido conforme o disposto no art. 8º da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos da Unesco e pode ser revogada a qualquer momento por se tratar de um direito potestativo.²⁵⁴

Já em relação à proteção ao princípio da intimidade, os exames genéticos devem ser voluntários e pressupõem um consentimento expresso e prévio da pessoa.²⁵⁵

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, X diz que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".²⁵⁶

²⁵² CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 116.

²⁵³ LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 30, enero 2014, p. 99-100 Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

²⁵⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 166.

²⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392 *et. seq.*

²⁵⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

Embora não haja nenhuma referência expressa à intimidade genética, ela decorre do referido artigo. Sabe-se que os direitos da personalidade não são *numerus clausus*, não são taxativos, portanto, o direito à intimidade, trazido pela nossa Carta Magna (art. 5º, X) que protege o indivíduo na sua esfera interior é fundamento do direito à intimidade genética.

Esse direito diz respeito à possibilidade de se permitir ou não o acesso aos dados genéticos e também guarda relação com o princípio da dignidade humana.²⁵⁷

Em regra, os dados genéticos da pessoa somente dizem respeito a ela e não a terceiros. Porém, como o direito à intimidade não é absoluto, quando as informações referentes a esses dados disserem respeito à família do indivíduo, elas poderão ser acessíveis. Mas o problema reside no fato de que esses dados veem se tornando acessíveis a terceiros, que utilizam dessas informações em benefício próprio, como acontece com empregadores na seleção de candidatos à vaga de emprego e com os planos de saúde ou seguros de vida.²⁵⁸

As informações genéticas resultantes dos testes genéticos não mostram o estado atual de saúde do indivíduo, mas somente a probabilidade deste contrair ou não determinadas doenças. Por isso, é de grande relevância a proteção desses dados para que não chegue ao conhecimento de empregadores e planos de saúde, caso contrário, qualquer chance de contrair determinada enfermidade resultará na discriminação do sujeito.

De acordo com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos:²⁵⁹

Artigo 6. Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

[...]

Artigo 8. Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma.

Para Alice Monteiro de Barros²⁶⁰, os direitos à intimidade e à privacidade são direitos da personalidade garantidos pela Constituição, e, portanto, devem ser respeitados e protegidos contra o arbítrio do empregador, pois esses direitos estão relacionados à liberdade do trabalhador.

²⁵⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 167. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

²⁵⁸ *Ibidem.* p. 168.

²⁵⁹ UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

²⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado.** São Paulo: LTr, 1997, p. 32.

A personalidade confere características singulares ao homem que o difere dos demais seres vivos. É ela que individualiza o ser humano no que se refere às suas características físicas e psíquicas, por isso deve ser protegida de qualquer lesão que a seja direcionada.²⁶¹

Sendo assim, pelo elevado risco do desenvolvimento dessas atividades, é necessária a liberdade de consentimento da pessoa, que será submetida a exames de investigação genética, preservando-se o princípio da autonomia e a garantia que não haja nenhum tipo de represália por parte de empregadores contra a recusa desse indivíduo.

Em virtude dos fatos mencionados, os testes genéticos no âmbito laboral só devem existir se colaborarem para melhorar a qualidade de vida do trabalhador, promovendo uma atividade digna da pessoa humana. O empregador não deve ter acesso a esses dados se for para utilizá-los de forma contrária ao empregado, sendo assim, testes genéticos não devem ser permitidos nem mesmo no momento da admissão de funcionários.²⁶²

²⁶¹ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 48.

²⁶² MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1190.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO NA SEARA TRABALHISTA

As técnicas utilizadas pelo empregador na seleção de candidatos destinados ao preenchimento de vagas na empresa são das mais diversas. Ocorre que o indivíduo, durante a seleção, se submete a uma série de exames passíveis de caráter discriminatório. O foco do presente trabalho diz respeito ao exame de investigação genética, que levanta uma série de discussões éticas e jurídicas acerca dessas práticas. Dessa forma, primeiro se faz necessário conceituar os dois principais agentes dessa relação.

A legislação trabalhista traz os conceitos de empregador e empregado, respectivamente, em seus arts. 2º e 3º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.²⁶³

Para Maurício Godinho Delgado²⁶⁴, "empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação."

O referido autor também traz em sua obra o conceito de empregador como sendo a "pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação."²⁶⁵

Conforme visto no conceito de empregador, tomando por base a ideia de que ele assume os riscos da atividade, este se vale de técnicas e critérios desarrazoáveis de seleção dos seus empregados, como é o caso da exigência do exame genético nos testes médicos admissionais. Dessa forma, conforme se depreendeu do estudo do capítulo 3, ele toma conhecimento de possíveis doenças que o candidato possa vir a desenvolver ao longo do tempo, buscando evitar qualquer tipo de prejuízo futuro para o seu negócio.

O empregador se vale de seu poder de direção para evitar ou amenizar os riscos da atividade. Também chamado de poder diretivo ou poder de comando, é o privilégio que o empregador

²⁶³ BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**: decreto-lei nº 5.452, de 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

²⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 331.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 371.

possui de determinar a forma e o modo da prestação de serviços por parte de seus empregados. Consiste na prerrogativa de estabelecer as diretrizes do negócio, administrando o seu capital bem como o trabalho dos empregados. Também compreende a determinação dos fins econômicos, da estrutura jurídica da empresa, os critérios de seleção dos empregados bem como seus respectivos cargos e atribuições.²⁶⁶

Há um paradoxo em relação ao desenvolvimento tecnológico, em especial na área da genética, pois, apesar dos benefícios alcançados, há uma crescente utilização desse conhecimento contra o próprio homem, inclusive nas relações de emprego, notáveis nas práticas discriminatórias e na violação de direitos fundamentais do empregado.

Contudo, o fato do empregado ser subordinado juridicamente ao empregador não impõe sujeição à totalidade de suas ordens, pois o poder de comando não é ilimitado.²⁶⁷ O poder diretivo não é absoluto, pois o estado de subordinação jurídica existente na relação entre empregado e empregador não retira daquele a proteção aos seus direitos fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, que são inerentes à sua condição, fazendo-se presente em todas as relações.²⁶⁸

Atualmente, também há violação dos direitos da personalidade nas relações de emprego e, conseqüentemente, um aumento no número de ações pedindo indenização por danos morais, decorrente de lesões causadas antes, durante ou depois da contratação. A discriminação pré-contratual é frequente na esfera trabalhista e a exclusão decorre de critérios diversos, tais como gênero, religião, cor, estado civil e aparência física.²⁶⁹

O uso das informações genéticas nas relações trabalhistas tem se tornado um problema bastante relevante em virtude da utilização e imposição, cada vez maior, desses testes aos empregados e candidatos a vagas de emprego nos mais diversos países. Ocorre que, mesmo aptos para desenvolver a atividade exigida naquele momento, se os resultados apontarem alguma probabilidade ou predisposição à doença futura, a contratação do indivíduo será frustrada.²⁷⁰

²⁶⁶ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 105-107.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 119

²⁶⁸ DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, a. 28, n. 105, jan./mar. 2002, p. 234.

²⁶⁹ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3^a Reg. Belo Horizonte, Jul./Dez.99. p. 109.

²⁷⁰ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 64.

4.1 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

É comum que o candidato a uma vaga de emprego realize, durante as negociações preliminares, uma série de testes, entrevistas e dinâmicas de grupo para que a empresa analise a compatibilidade de seu perfil com a função a ser preenchida. Durante essas negociações, o empregador fornece informações a respeito da atividade assim como o candidato também fornece informações a respeito de sua vida privada. Desta forma, é de extrema importância que as partes atuem de acordo com a regra geral da boa-fé objetiva.

Sendo assim, não são admissíveis nas entrevistas questionamentos que não possuam relação com a função a ser desempenhada, tais como opção religiosa ou sexual, opinião política, estado civil, entre outras que ultrapassem a esfera da vida privada do trabalhador.

O candidato a emprego no processo de seleção está numa situação vulnerável, daí a importância do princípio da igualdade equilibrar essa relação, vedando qualquer forma de teste que propicie o conhecimento de traços da personalidade do indivíduo que não guardem relação com a função a ser desempenhada. Da mesma forma, exames que possibilitam o conhecimento do estado de gravidez, vírus da AIDS ou da informação genética do indivíduo estão reprovados pelo ordenamento jurídico, pois violam garantias fundamentais como a intimidade, a dignidade da pessoa humana e a igualdade.²⁷¹

Além do problema da seleção abusiva na fase pré-contratual trabalhista, outro ponto que merece atenção diz respeito à recusa injustificada de contratação do candidato a vaga. Durante as negociações preliminares, existem deveres colaterais que devem ser observados pelas partes de acordo com os padrões de conduta da boa-fé. Sendo assim, o candidato que tenha concluído sucessivas etapas do processo de seleção e tenha recusada sua contratação de maneira injustificada, tem a sua frustração amparada juridicamente pela responsabilidade civil.

Conforme o candidato à vaga avança nas etapas do processo de seleção, sua esperança e expectativa de contratação aumentam, pois ele acredita que está atendendo aos requisitos necessários para o preenchimento da vaga.

²⁷¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 264

Há uma discussão por parte da doutrina quanto à responsabilidade pré-contratual, se ela teria natureza contratual ou extracontratual. Os que defendem a natureza extracontratual (como Caio Mário) argumentam que o contrato ainda não foi celebrado. Em contrapartida, os que defendem a natureza contratual disciplinam que há uma expectativa de contratação, que gera uma obrigação de celebrar o contrato, caso contrário, seria possível falar em responsabilização.²⁷²

Eugênio Kruschewsky entende se tratar de hipótese de responsabilidade civil extracontratual, pois existem diferenças entre expectativa na realização do contrato e contrato já realizado. Sendo assim, o regime aplicável é o da responsabilidade aquiliana, que prescinde culpa.²⁷³

Para José Affonso Dallegrave Neto²⁷⁴, apesar de que, no momento das tratativas, o contrato ainda não se aperfeiçoou, neste mesmo momento, já é possível constatar uma formação negocial.

Conforme visto no tópico 2.4, o princípio da boa-fé objetiva deve estar presente durante toda formação contratual. Então, durante as tratativas, momento em que as partes estão na condição de pré-contratante e pré-contratado, a violação dos deveres gerais da boa-fé negocial acarreta a responsabilidade civil contratual, pois já se percebe a existência de um negócio jurídico.²⁷⁵

Quando há violação de um dever geral e absoluto de não lesar, trata-se de responsabilidade civil extracontratual. Já, quando o dever de não lesar decorre de um negócio jurídico em razão de seu conteúdo obrigacional ou de um dever especial das partes, seja de um contrato ou das tratativas negociais, se houver dano resultante disso, o mesmo deverá ser reparado em virtude da violação ao princípio da boa-fé, que norteia as relações contratuais (art. 422 do Código Civil), seja na sua fase preliminar, como na sua execução ou pós-eficácia. Então, como se trata de um direito que diz respeito a sujeitos específicos e existe uma relação negocial delimitada, afirma-se que a responsabilidade civil é do tipo contratual.²⁷⁶ Portanto, conclui-se que a responsabilidade civil pré-contratual é contratual.

²⁷² KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 284.

²⁷³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R. a. 29, n. 53, jul./ dez. 2004, p. 58.

²⁷⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 140

²⁷⁶ *Idem*. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R. a. 29, n. 53, jul./ dez. 2004, p. 58-60.

Para Eugênio Kruschewsky, a responsabilidade civil pré-contratual deve ser analisada sob dois enfoques, se o contrato for paritário ou se for de adesão.²⁷⁷

O contrato paritário é aquele em que as partes têm as mesmas condições negociar seus termos, podendo discutir ou fixar cláusulas e condições. Já, o contrato de adesão é o negócio jurídico no qual uma das partes aceita, sem alternativa, uma série de cláusulas previamente formuladas e estabelecidas pela outra parte (economicamente superior), de modo geral e abstrato, sem a possibilidade de sua negociação e modificação, que irão reger as obrigações advindas desta relação, o que possibilita a existência de cláusulas abusivas, restando apenas ao contratante aceitá-las ou não.²⁷⁸

Se o contrato de emprego se trata de um contrato paritário, ele contém uma fase de negociação anterior, onde serão estipuladas a jornada de trabalho, o salário e outras diversas regras que irão reger a relação empregatícia. Para quem entende dessa forma, a negociação anterior à celebração do contrato, vincula as partes contratantes. Desse modo, o art. 427 do Código Civil diz que "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso."²⁷⁹

Ainda de acordo com Eugênio Kruschewsky²⁸⁰:

Se o proponente desiste de contratar ou modifica a proposta à qual se obrigara, pode ensejar ao oblato prejudicado o direito de ressarcimento, assentado na justa expectativa da celebração, ou da celebração nos exatos termos propostos, o que pode ter promovido o descarte de outros proponentes, uma vez que o negócio com aquele específico estava em vias de se concretizar, ou mesmo implicado na assunção de despesas que haverão de ser reparadas.

Há autores, como Edilton Meirelles, que entendem que o contrato de emprego se trata de um contrato de adesão, pois quase inexistente a possibilidade do empregado negociar as cláusulas do contrato e também por se submeter a este diante da necessidade de obter a vaga. A responsabilidade se diferencia nos contratos de adesão, pois não haveria a negociação preliminar, uma vez que o conteúdo do contrato já foi estabelecido pelo proponente, restando ao outro aceitar ou não o contrato.²⁸¹

Para Edilton Meireles, existem casos raros em que o empregado negocia com o empregador sobre o contrato de emprego, porém, via de regra, trata-se de um contrato de adesão, pois o

²⁷⁷ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 284.

²⁷⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 102.

²⁷⁹ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

²⁸⁰ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 284.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 285.

trabalhador, por estar numa situação mais vulnerável, acaba sempre aderindo às cláusulas que são previamente estabelecidas pelo empregador.²⁸²

Neste caso, discute-se se o empregador pode se recusar à contratação mesmo que o "empregado" aceite aderir. Silvio Venosa²⁸³ se manifesta da seguinte forma:

A recusa injustificada na venda ou prestação do serviço constitui ato que se insere no campo do abuso do direito. O comerciante não está obrigado a vender, mas se dispôs a vender, não pode recusar-se a fazê-lo a quem pretende adquirir o objeto de sua mercancia. Essa conduta extravasa o limites do direito, é prática abusiva, pois existe um desvio de finalidade. (...) Quando o titular de uma prerrogativa jurídica contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Em tal situação, o ato é contraditório ao Direito e ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados.

Tomando como base o raciocínio de Sílvio Venosa e aplicando-o ao contrato de emprego, se considerar-se que este se trata de um contrato de adesão, a recusa do empregador na contratação em virtude de discriminação genética poderá configurar um abuso de direito, conduta contrária à boa-fé, moral, bons costumes e aos fins sociais e econômicos do contrato de emprego. Porém, tal raciocínio será retomado no capítulo 5. Então, pode-se dizer que, "a reparação do dano pré-contratual atende aos interesses negativos, o que vale dizer: as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato."²⁸⁴

O interesse contratual negativo diz respeito ao prejuízo que a parte teve em razão de algo que ela perdeu ou deixou de ganhar em razão da negociação frustrada pela outra parte, o que caracteriza a perda de uma chance. O prejuízo advindo dessa negociação que fora frustrada também envolve as despesas que a parte teve bem como o tempo que foi gasto para a conclusão do negócio (dano emergente), além de outras oportunidades de lograr êxito (lucro cessante) em outros negócios, se a parte contrária não tivesse gerado expectativas. Já o interesse contratual positivo diz respeito às consequências que decorrem da ineficácia de um contrato que deveria ser válido. Nesse caso, há interesse na própria efetivação do contrato.²⁸⁵

Para José Affonso Dallegre Neto, os danos que ocorrem nas fases pré e pós-contratual não são por conta do inadimplemento contratual, mas se devem à violação de um dever de conduta das partes contratantes que não observam os deveres da boa-fé objetiva.²⁸⁶

²⁸² MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 103.

²⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 491.

²⁸⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R. a. 29, n. 53, jul./ dez. 2004, p. 54.

²⁸⁵ *Idem*. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 137

²⁸⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, 2004, p. 54.

Conforme exposto no tópico 2.5, de qualquer forma, a boa-fé também precisa estar presente na fase pré-contratual trabalhista, seja por parte do candidato ao emprego, que deve prestar todas as informações necessárias ao processo seletivo, seja por parte do empregador, que não deve atentar contra a dignidade do trabalhador, pois, dessa forma, estaria agindo com abuso de direito. Para Luciano Augusto de Toledo Coelho²⁸⁷, nas fases iniciais de um processo de seleção, devem também ser respeitados os deveres de cuidado, informação, lealdade e cooperação, caracterizadores da boa-fé objetiva, disciplinada no art. 422 do Código Civil brasileiro.

O abuso de direito tem relação direta com a boa-fé, pois em todas as condutas abusivas há violação dos ideais de lealdade, cooperação e confiança. A boa-fé guia o modo de agir, serve como padrão de comportamento dos contratantes e qualquer exercício de direito que seja contrário a estes parâmetros, como a quebra da confiança e de fundadas expectativas, se configurará irregular. Quando o direito aferido de modo objetivo é usado de forma contrária à sua finalidade, necessariamente, o abuso do direito deverá ser analisado com base na boa-fé objetiva.²⁸⁸

Edilton Mereiles²⁸⁹ define o abuso de direito como "o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo."

Desse modo, conclui Eugênio Kruschewsky²⁹⁰ que, de qualquer forma, sempre teremos como fundamento da responsabilidade civil pré-contratual o agir pautado na boa-fé, que estará presente no contrato, tanto na fase anterior como posterior.

Então, é absolutamente possível a responsabilidade civil pré-contratual na seara trabalhista por diversos motivos, quais sejam a ofensa a direitos fundamentais do candidato a emprego, pelo rompimento das tratativas e a recusa injustificada de contratação, como também pela violação dos deveres oriundos da cláusula geral da boa-fé objetiva.

²⁸⁷ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. p. 91. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015.

²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.198.

²⁸⁹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 22.

²⁹⁰ KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cívís**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 286.

4.2 A DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Para Estêvão Mallet²⁹¹, a discriminação nada mais é do que uma desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável. É uma forma de desigualdade intolerável e ilegítima de acordo com os valores vigentes em uma dada sociedade.

Para Francisco das Chagas Lima Filho²⁹², discriminação é:

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural ou civil em qualquer outro campo. Portanto, desigualdade.

A Convenção n. 111 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1958 trata da discriminação nas relações de emprego, e em seu art. 1º ela define esse tipo de discriminação como:²⁹³

[...] qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado, que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de disciplina jurídica no emprego ou na ocupação. O Estado que ratificar a Convenção obriga-se a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação nos seguintes planos: acesso à formação profissional; admissão no emprego e nas diversas ocupações; condições de trabalho.

Tal Convenção somente foi ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965. Contudo, esse problema ainda é corriqueiro nas relações de emprego, apesar de já passados 50 anos de sua ratificação e de políticas que busquem a eliminação dessas práticas.

Porém, o candidato à vaga de emprego sempre sofre alguma forma de discriminação durante as tratativas em decorrência de sua fragilidade na fase que antecede o contrato. Sabe-se que o desemprego atinge desde quem nunca estudou até os mais qualificados. Por isso, se este receio já atinge e aumenta a sujeição do trabalhador empregado, quiçá aquele que busca uma vaga de emprego.²⁹⁴

²⁹¹ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 242. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

²⁹² LIMA FILHO, Francisco das Chagas. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.7, jul. 2001, p. 1199

²⁹³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 227

²⁹⁴ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. p. 91. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015.

O empregador deve observar o princípio da não discriminação ao exercer o seu poder diretivo e, durante o processo de seleção, deverá buscar somente informações que tenham pertinência com as atividades que serão desenvolvidas pelo candidato se este for contratado.²⁹⁵ Então, é vedada a utilização de critérios como raça, gênero, religião ou qualquer outro fator como as informações genéticas do indivíduo como meio de decidir acerca da seleção ou não do trabalhador com base nas informações adquiridas.

Da mesma forma, entrevistas e questionários que objetivem a busca de informações sobre a vida privada do candidato, que não tenham pertinência com o desempenho necessário para determinado cargo ou função, são rechaçadas, pois facilitam a utilização desses dados de forma discriminatória por parte do empregador na fase pré-contratual, o que afronta diretamente os direitos da personalidade do entrevistado, assim como a dignidade da pessoa humana e os princípios da boa-fé e não discriminação ou igualdade.

Como a não discriminação está diretamente ligada ao princípio da igualdade, ambos serão tratados como sendo um mesmo princípio, uma vez que possuem os mesmos efeitos práticos.

Pouco existe no Brasil leis que disciplinem as formas de recrutamento e seleção de pessoal por parte do empregador, por tal razão se explica a existência de diversos métodos que são submetidos os futuros empregados no processo seletivo. Contudo, em razão da previsão Constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da inviolabilidade da intimidade e vida privada (art. 5º, X), o ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer tipo de violação a tais direitos. Dessa forma, o empregador está impedido de utilizar qualquer meio de seleção que invada a intimidade do candidato.²⁹⁶

Com relação à discriminação no âmbito das relações empregatícias, a Constituição Federal de 1988 dá o primeiro passo, de forma geral, na proteção ao princípio da igualdade, ao disciplinar no *caput* de seu art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]". Ainda na Carta Magna, o art. 7º, XXX, veda diversas formas de discriminação no trabalho, inclusive na fase pré-contratual, ao proibir a diferença de salários,

²⁹⁵ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

²⁹⁶ SAMPAIO, José Adérico Leite. **Testes genéticos, AIDS e o direito à intimidade do candidato a um emprego**. p. 306. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1135>> . Acesso em: 26 out. 2015.

de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil.²⁹⁷

De igual forma, percebe-se a existência de normas que repudiam critérios discriminatórios no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito trabalhista. Por exemplo, em virtude do frequente processo de discriminação que sofria a mulher no meio laboral foram editados normas de proteção como as do art. 5 e 461 da CLT que vedam a distinção de salários em razão do sexo. Outro dispositivo de combate à discriminação se configura no art. 373-A da CLT que, embora situado em capítulo direcionado à mulher, não diz respeito somente à discriminação em razão do gênero, mas traz regras gerais contrárias às diversas formas de discriminação.²⁹⁸ O critério subjetivo mencionado no artigo 373-A da CLT amplia sua proteção para todas as formas de discriminação ilegítima, a título exemplificativo, práticas discriminatórias em razão de idade, cor e situação familiar.²⁹⁹

Ainda com relação ao trabalho da mulher, a Lei n. 9.029/95 é uma importante norma no combate às práticas discriminatórias na fase pré-contratual, pois proíbe a exigência de atestados de gravidez e de esterilização para efeitos admissionais.

Com relação à discriminação por motivo de raça ou cor, podem-se citar, além do art. 7º, XXX da Constituição Federal de 1988, os incisos XLI e XLII do art. 5º do mesmo diploma, que fazem referência à punição legal em razão de discriminação que atente contra os direitos fundamentais e condena a prática de racismo, constituindo-o como crime inafiançável.³⁰⁰

No que se refere à discriminação em virtude do estado civil, também há vedação constitucional e essas práticas nos incisos do artigo 7º, sendo que este preconceito atinge, em maior parte, a mulher, pois, quando casada, tem maiores possibilidades de engravidar.³⁰¹

Também há proteção da situação familiar no art. 373-A da CLT e na Lei n. 9.029/95. Sendo assim, a discriminação por motivo de filiação é completamente rechaçada, não se pode negar

²⁹⁷ BERTUCCI, Sidney; et al. **Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil.** p. 22-23. Disponível em: <[http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20\(2\).pdf](http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20(2).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

²⁹⁸ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008, p. 248.

²⁹⁹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 266

³⁰⁰ BERTUCCI, Sidney; et al. *Op. cit.*, p. 22-23.

³⁰¹ *Ibidem, loc. cit.*

a contratação do trabalhador por conta desse motivo, da mesma forma que não se deve favorecer a contratação de alguém por isso.³⁰²

As hipóteses de vedação de práticas discriminatórias do art. 7º, XXX da Constituição não são taxativas, uma vez que o art. 3º, IV da referida norma constitucional dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é eliminar todas as formas de discriminação.³⁰³

Desse modo, apesar de não haver vedação expressa à discriminação genética na legislação brasileira, como existe no Código do Trabalho de Portugal (art. 22º, n.2), tal prática é contrária ao ordenamento jurídico em decorrência dos diversos dispositivos que proíbem todas as formas de discriminação, de maneira geral, como no âmbito laboral.³⁰⁴

Ao trazer diversos dispositivos constitucionais contrários à discriminação e objetivando a igualdade, o Estado buscou, do ponto de vista sociológico e psicológico, possibilitar a convivência entre os diversos grupos na sociedade, para que, com o decorrer do tempo, todos passassem a respeitar as diferenças.³⁰⁵

Em se tratando de igualdade, a doutrina costuma dividi-la em igualdade formal e igualdade material. A igualdade formal tem por escopo impedir que a lei trate sujeitos que se encontram na mesma situação jurídica de forma diferente. Já a igualdade material objetiva alcançar a igualdade real na vida social e econômica das pessoas.

Foi em decorrência da busca pela igualdade material que surgiram as ações afirmativas como forma de propiciar uma inclusão social dos chamados grupos vulneráveis. Essas ações consistem na adoção de medidas que acelerem o processo de igualdade, implementando a igualdade formal e material na sociedade.³⁰⁶

A chamada discriminação positiva é aquela que visa à proteção das camadas discriminadas da população através da criação de mecanismos de tratamento diferenciado na ordem jurídica, em favor desses, ou das práticas das chamadas ações afirmativas ("*affirmative action*"). A discriminação positiva marca uma mudança de postura do Estado, de simplesmente proibir a discriminação, para, em um momento posterior da história, adotar posturas reais, de obrigações positivas em favor das

³⁰² MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 250. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

³⁰³ *Ibidem*, p. 249-250.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 251-252.

³⁰⁵ LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.1, jan. 2001, p. 521

³⁰⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.7, jul. 2001, p. 1205

camadas que encontram dificuldades fáticas, ou sobre os quais recaem as práticas de discriminação.³⁰⁷

Sendo assim, foi em decorrência dessas políticas afirmativas que se permitiu que fossem editadas leis que estabelecem critérios distintivos, sem, contudo, ofender o princípio da igualdade, pois se trata de discriminação positiva. Foram criadas, inclusive na seara trabalhista, como é o caso da Lei n. 8.213/91 que estabelece a necessidade de contratação de pessoas com deficiência para o preenchimento de vagas na empresa.³⁰⁸

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I	-	até	200	
empregados.....				2%;
II	-	de	201	a
500.....				3%;
III	-	de	501	a
1.000.....				4%;
IV	-	de	1.001	em
.....				diante.
				5%.

Diante do exposto, todo o arcabouço legislativo que fora apresentado proíbe qualquer forma de discriminação injustificada, resguardando a dignidade da pessoa humana, bem como propicia mecanismos de inclusão no âmbito laboral, buscando, dessa forma, o alcance da isonomia e a proteção do trabalhador, inclusive em relação a critérios abusivos de seleção que ocorrem na fase pré-contratual, como os que serão vistos no tópico seguinte.

4.2.1 O direito fundamental à igualdade na relação de emprego e a proteção ao trabalhador

A partir do período pós-guerra, teve início o pensamento de que a aplicação dos direitos fundamentais não deveriam se restringir somente às relações entre particulares e o Estado, mas também deveriam incidir na esfera privada. Dessa forma, aos poucos, os direitos

³⁰⁷ LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.1, jan. 2001, p. 521.

³⁰⁸ BRASIL. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

fundamentais passaram a regular as relações entre os particulares, limitando negativamente a autonomia privada já que esta não tem valor de direito fundamental.³⁰⁹

Esse foi um importante passo para a proteção de pessoas que se encontravam em situações de desigualdade durante a celebração de negócios jurídicos como o contrato de trabalho e outros contratos de adesão, já que é comum nesses tipos de contrato, em que uma das partes possui maior poder em relação à outra, que os seus termos sejam ditados, restando à parte mais fraca se submeter. Sendo assim, nos casos em que não houver igualdade real entre os contratantes, a autonomia privada deve ser sempre limitada para que a relação negocial não ocorra de forma contrária aos direitos fundamentais. Da mesma forma, em todas as relações entre os particulares deve haver a prevalência da dignidade da pessoa humana em detrimento da autonomia privada.³¹⁰

Para Estêvão Mallet³¹¹, a ideia de justiça está relacionada à de igualdade. Se não há um tratamento isonômico, não se pode falar em realizar justiça, sendo assim, qualquer forma de discriminação é uma negação à justiça.

Aliado ao pensamento de Estêvão Mallet, foi visto no tópico 4.2 que igualdade e não-discriminação tem os mesmo efeitos práticos, sendo assim, são diversos os dispositivos legais que vedam a discriminação, promovendo a igualdade e a justiça nas relações empregatícias.

Na realidade pátria, a começar pela Carta Magna, diversos são os dispositivos que buscam a tutela antidiscriminatória, dentre os quais podemos citar os incisos IV, VI, VIII e XVII do art. 5º que asseguram a liberdade de pensamento, de crença, opinião política ou filosófica. Também se verifica no art. 7º, XXX a proibição de qualquer diferenciação entre os salários como também a distinção em razão da idade, sexo, cor ou estado civil como critério de admissão do trabalhador.³¹² O inciso XXXI do mesmo artigo também estendeu essas mesmas garantias aos trabalhadores deficientes.

³⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 187-188

³¹⁰ *Ibidem*, p. 189-190

³¹¹ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 241-242. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

³¹² BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 13-14

De qualquer forma, a tutela dessas práticas nas relações de emprego já existia desde a ratificação da Convenção n. 111 da OIT que proíbe qualquer tipo de tratamento diferenciado sem o devido fundamento.³¹³

Grande avanço já ocorreu para proporcionar às pessoas melhores condições de laborais. Tanto na Constituição Federal como na Consolidação das Leis do Trabalho existem inúmeros dispositivos destinados à proteção dos trabalhadores e garantias de seus direitos em face do poder do empregador. Contudo, não somente os direitos sociais, decorrentes do contrato de trabalho, devem ser garantidos como também os direitos relativos à dignidade da pessoa humana, em virtude de ser condição inerente de qualquer empregado, independentemente do ambiente de trabalho.³¹⁴

Conforme relata Maria do Perpetuo Socorro Wanderley, o desequilíbrio social e econômico do vínculo empregatício ocasiona uma maior violação à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é necessária uma maior observância por parte do empregador a este princípio.³¹⁵

Durante a fase pré-contratual a situação é a mesma se não for pior, pois o candidato à vaga de emprego está numa condição extremamente vulnerável, buscando a contratação, para garantir sustento próprio ou de sua família. Em razão disso, ele está disposto a aceitar qualquer condição imposta de forma unilateral pelo empregador. O candidato à vaga está disposto, inclusive, a "abrir mão" de aspectos de sua personalidade, pois sabe que se assim não o fizer, o empregador conseguirá algum outro que o faça, em virtude da existência de inúmeros desempregados que almejam uma oportunidade de trabalho.³¹⁶

Porém, o princípio da não discriminação incide também na fase pré-contratual, impondo limites à autonomia do empregador, garantindo a proteção dos direitos da personalidade do candidato à vaga de emprego até depois de contratado.³¹⁷

³¹³ BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 13-14.

³¹⁴ DAL LAGO, Camila; VECCHI, Ipojucan Demétrius. A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego. **Justiça do direito**, v. 24, n. 1, 2010. p. 112. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2147/1387>>. Acesso em: 12 out. 2015.

³¹⁵ WANDERLEY, Maria do Perpetuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009**. p. 110. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13637/006_wanderley.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22. jul. 2015.

³¹⁶ BERTUCCI, Sidney; et al. **Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil**. p. 20-21. Disponível em: <[http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20\(2\).pdf](http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20(2).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

³¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 14

Sendo assim é necessário buscar a igualdade de direitos entre as partes da relação empregatícia desde o momento anterior ao contrato até o momento posterior. Nessa linha, Arion Sayão Romita³¹⁸ dispõe:

A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não-discriminação. Significa, portanto, algo além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada. O princípio de não-discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito de ser considerado igual perante a lei mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, os direitos fundamentais.

Portanto, todas as formas de discriminação, inclusive as que não foram mencionadas de forma expressa em legislação infraconstitucional, violam direitos fundamentais do empregado, em especial o direito à igualdade, atingindo de igual forma a dignidade da pessoa humana.³¹⁹

A busca pela proteção dos direitos fundamentais do empregado nas relações de emprego é tamanha que o enunciado número 1 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho trata da aplicação e interpretação dos direitos fundamentais no direito trabalhista.³²⁰

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, é inegável que o empregado seja subordinado ao empregador, contudo esta subordinação encontra limites nos direitos da personalidade e nos direitos fundamentais do indivíduo, não podendo o empregador utilizar de seu poder diretivo para se valer de práticas arbitrárias de discriminação contra os seus empregados.³²¹

³¹⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 309

³¹⁹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 187.

³²⁰ BRASIL. **Enunciado 1 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Disponível em: < http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2015.

³²¹ OLMOS, Cristina Paranhos. O direito à privacidade e a reparação de sua ofensa na relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.35, n.133, jan.-mar./2009, p. 76

4.2.2 Formas de seleção de pessoal

De modo geral, a situação de um candidato a vaga de emprego é bastante delicada. Mesmo se tratando de um contrato, em que deveria prevalecer a autonomia da vontade, o trabalhador não está numa posição de igualdade em relação ao contratante em virtude da própria natureza da relação de emprego, pois o empregador, através de seu exercício de propriedade, impõe as regras e condições em que se firmará o contrato. Já o candidato a vaga, se submete às exigências, pois necessita do emprego para sustento próprio e de sua família, uma vez que dispõe apenas de sua força de trabalho e não possui poder suficiente para a negociação do contrato, em virtude de sua subordinação jurídica. Isso tudo aliado aos elevados índices de desemprego, contribuem para a submissão do trabalhador nessa relação, caracterizando para muitos autores, conforme visto no tópico 4.1, um verdadeiro contrato de adesão.³²²

Conforme dito no tópico anterior, a não discriminação tem relação direta com o princípio da igualdade e deve estar presente durante todas as fases do processo seletivo.

Para Alice Monteiro de Barros³²³, o princípio da não discriminação é o modo que a Constituição Federal tem de limitar a autonomia do empregador na busca de informações a respeito do candidato a vaga de emprego, garantindo a proteção dos direitos da personalidade deste. Sendo assim, o empregador não deve realizar perguntas aptas a propiciar qualquer forma de discriminação do candidato, seja relacionada aos aspectos íntimos como opção sexual, ideologia política e religiosa, bem como de cunho privado como a situação familiar.

Apesar de todo aparato normativo existente vedando a discriminação, mister se faz dizer que o processo seletivo dos candidatos, por sua própria natureza, já se trata de um meio discriminatório já que seleciona os indivíduos que mais se enquadram no perfil, excluindo os que não possuem tal aptidão. Contudo, trata-se aqui de uma discriminação legítima e positiva, baseada em critérios avaliativos aceitos de modo geral, como acontece quando se opta pelo o indivíduo com maior qualificação profissional.

Com base na legislação trabalhista, é possível que o empregador selecione os seus empregados de acordo com critérios como a experiência profissional obtida anteriormente, sendo esta não superior a seis meses, e o grau de instrução, conforme se influi do art. 442-A da CLT. Contudo, não é possível ter como critérios de seleção fatores como a idade, gênero

³²² SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 129.

³²³ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 32-33.

ou cor de pele. Da mesma forma, exigir do empregado nos exames admissionais testes genéticos que revelem sua aptidão para o trabalho não devem ser feitos de maneira irrestrita, pois existem diversos bens jurídicos envolvidos que devem ser tutelados de maneira repressiva, como também de forma preventiva, e é também possível que outras pessoas ou empregadores tenham acesso a essas informações se chegarem à internet.³²⁴

Porém, apesar de ser permitida a discriminação positiva no processo de candidatos, há formas de seleção que possuem caráter discriminatório, tratando-se da discriminação ilegítima que atenta contra os direitos do trabalhador.

Todos os dias ocorrem diversos processos seletivos visando o preenchimento das vagas de emprego por profissionais que melhor se adequam ao perfil buscado e, para isso, milhares de candidatos se submetem a entrevistas, testes psicológicos e de conhecimento, dinâmicas de grupo e uma série de outras técnicas que objetivam uma melhor seleção.³²⁵

Como no ordenamento jurídico brasileiro não existem normas que regulem os métodos permitidos no processo de seleção de candidatos, é muito comum a existência também de testes grafológicos, aplicação de questionários e até mesmo o uso de astrologia empresarial. De qualquer forma, qualquer meio adotado deve estar de acordo com a sua aceitação ética e se restringir à avaliação do perfil do candidato para saber se este se enquadra às funções que deverão ser executadas.³²⁶

Em virtude disso, é comum observar a violação de direitos como a imagem, a honra, liberdade e intimidade do trabalhador pelo uso abusivo do poder diretivo do empregador. Sendo assim, para que os direitos fundamentais daquele não sejam ofendidos, o exercício do direito de propriedade deste deve estar limitado à proteção da dignidade humana dos candidatos.³²⁷

Entretanto, ainda são comuns situações que ofendam os direitos fundamentais do trabalhador candidato à vaga de emprego, são elas, a adoção de critérios como listas negras; entrevistas

³²⁴ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1183.

³²⁵ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. p. 94. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015.

³²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 14

³²⁷ BERTUCCI, Sidney; et al. **Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil**. p. 21. Disponível em: <[http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20\(2\).pdf](http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20(2).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015..

personais; testes psicológicos; testes grafotécnicos; certidões negativas de antecedentes criminais; exames médicos admissionais; entre outros.

As entrevistas realizadas pelo contratante se situam na fase pré-contratual. Nelas não pode haver qualquer questionamento que leve à intromissão na intimidade ou vida privada do indivíduo como perguntas ou opiniões relativas à personalidade do sujeito, pois violariam os direitos fundamentais e os direitos da personalidade do candidato à vaga, conforme fora tratado no tópico 3.3. Dessa forma, as entrevistas somente devem ser realizadas com objetivo de captar informações relacionadas a informações profissionais, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.³²⁸

Acerca da entrevista pessoal, o empregador deve abdicar-se de perguntas relacionadas à origem étnica do indivíduo como também de opções políticas e religiosas ou qualquer outra situação pessoal apta a ensejar discriminação. O candidato à vaga de emprego também pode se abster de perguntas que não tenham pertinência com a causa contratual ou com a função que irá exercer.³²⁹

Para Alice Monteiro de Barros³³⁰, as perguntas que podem ser feitas durante as entrevistas se relacionam com a vida profissional, tais como cursos e certificados, experiências obtidas em locais de trabalho anterior, capacidade de trabalhar em equipe, entre outros.

O exame grafotécnico ou grafológico consiste na verificação da escrita do candidato à vaga de emprego. Esse tipo de exame revela aspectos da personalidade do indivíduo, sendo assim viola a intimidade do mesmo.³³¹

No que se refere à grafologia, trata-se de mecanismo capaz de aferir a personalidade do indivíduo. O empregador solicita que o candidato redija um texto a próprio punho que será depois submetido à análise. A doutrina sustenta que através desse procedimento é possível conhecer a personalidade geral do indivíduo, não sendo possível isolar determinadas características, sem obter conhecimento de todas as outras. Sendo assim, por se tratar de uma

³²⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 1, jul./ago. 2004, p. 35

³²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 59

³³⁰ *Idem*. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 15

³³¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Op. cit.* 2004, p. 41

forma ilegítima de intromissão na intimidade do trabalhador, não deve ser realizada nos processos de seleção, ainda que o candidato à vaga aceite a realização de tal prática.³³²

Com relação às "listas negras", trata-se de discriminação originada pelo exercício do direito de ação do empregado que ingressa com reclamação trabalhista. Em virtude de ter ajuizado ação contra seu antigo empregador, esses sujeitos não são admitidos no processo de seleção, pelo simples fato de exercerem o direito que lhes são assegurados. Tal prática é considerada ilícita, pois viola princípios como o da igualdade; dignidade da pessoa humana; direito ao trabalho e direito de acesso à justiça, dessa forma, as "listas negras" são contrárias ao ordenamento jurídico.³³³

Marcelo Roberto Bruno Válio³³⁴ informa que, apesar de conduta rechaçada pelo ordenamento, as próprias empresas criam listas e relações dos empregados que reclamam judicialmente contra a empresa através das informações obtidas pela internet nos sites dos Tribunais.

Em relação aos testes psicológicos há fundamento legal no art. 168 § 2º da CLT para realização dos mesmos, vejamos:³³⁵

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

[...]

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.

Da mesma forma a Súmula 686 do STF³³⁶ possibilita a realização de exame psicotécnico, mediante lei, para os cargos públicos, o que dá brechas para a aplicação do mesmo na esfera privada: "Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público".

Os testes psicotécnicos se destinam a avaliar não somente a aptidão do candidato para realizar determinadas tarefas como também suas características psicológicas como o raciocínio, inteligência e a personalidade do candidato. Sendo assim, há possibilidade de violação à

³³² BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 62

³³³ MALLET, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 252. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

³³⁴ VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 73-101

³³⁵ BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**: decreto-lei nº 5.452, de 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

³³⁶ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 686**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 02 nov. 2015.

intimidade do indivíduo por meio desse teste, porém, por ser realizado por profissional qualificado, o psicólogo que aplicará os testes somente deverá divulgar para o empregador os resultados referentes aos aspectos da personalidade que interessem ao desenvolvimento da atividade, em conformidade com a dignidade da pessoa humana.³³⁷

Conclui-se, dessa forma, que o empregador pode realizar tais testes durante a fase pré-contratual de seleção. Porém, os resultados que devem ser levados em consideração devem guardar pertinência e correlação com as características essenciais para a desenvoltura de atividades inerentes ao cargo a ser ocupado. Qualquer informação que ultrapasse esse limite caracterizará a prática de discriminação e violará direitos personalíssimos do candidato.

O aumento nos índices de violência reflete não somente no cenário político da sociedade, mas também no aspecto econômico das pessoas. Dessa forma, o próprio empregador busca salvaguardar o seu patrimônio empresarial bem como a integridade física ou psíquica de seus empregados da ameaça de quaisquer condutas desabonadoras de seus funcionários, o que o leva a adotar a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais nos processos de seleção.

No que diz respeito a essa exigência, da mesma forma que os exames psicotécnicos, somente serão possíveis se guardarem coerência lógica com as atividades que serão exercidas. Caso contrário, estaria sendo configurada a discriminação do sujeito que já cumpriu sua pena e está "quite" com a sociedade, perpetuando o caráter da pena.³³⁸

Edilton Meireles³³⁹ entende se tratar de prática abusiva que atenta contra a intimidade e a vida privada do candidato, somente permitida nos casos exigidos por lei se realmente necessário para o exercício da função. A legislação trabalhista prevê a exigência de atestado de bons antecedentes na hipótese de candidato à vaga de vigilante, conforme estabelece a Lei n. 7.102/83:³⁴⁰

Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:

[...]

VI - não ter antecedentes criminais registrados;

³³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 63

³³⁸ *Idem*. *Direito à intimidade do trabalhador*. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 15

³³⁹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 191.

³⁴⁰ BRASIL. **Lei 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

Em se tratando dos exames médicos admissionais, o mesmo artigo 168 da CLT que trata dos testes psicológicos torna obrigatória a realização de exames médicos admissionais por parte do empregador, ainda que a atividade não ofereça nenhum grau de insalubridade:³⁴¹

Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

- I - a admissão;
- II - na demissão;
- III - periodicamente.

Ocorre que, na prática, muitas empresas tomam como base os resultados desses exames de maneira ilícita, como forma de discriminar o trabalhador, ainda que não tenha nenhuma pertinência com a atividade a ser desenvolvida.

No Brasil, não existe legislação específica que cuide da proteção dos dados obtidos por meio de exames médicos do candidato como ocorre na legislação portuguesa, em que há uma maior proteção acerca dessas informações.³⁴²

Porém, os dados obtidos por esses exames devem ser protegidos pelos mesmos preceitos da ética médica e deverão ser informados ao trabalhador.³⁴³

Nesse sentido, a exigência de testes de gravidez à mulher; exame *antidoping*; testes para HIV; e exames que tenham como objetivo analisar o código genético viola o direito à intimidade do trabalhador e, conseqüentemente, o princípio da igualdade, pois tais hipóteses são capazes de gerar discriminação, ferindo a dignidade da pessoa humana.³⁴⁴

Com base nisso, o empregador deverá informar previamente ao candidato os tipos de exames aos quais será submetido, ainda que eles saibam que terão acesso a esses resultados, pois, caso se exija algum exame que ultrapasse os limites impostos, o trabalhador poderá se recusar a realizá-los ou até mesmo buscar as medidas judiciais que lhe é de direito.³⁴⁵

³⁴¹ BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**: decreto-lei nº 5.452, de 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

³⁴² COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. p. 95. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015.

³⁴³ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 49

³⁴⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 1, jul./ago. 2004, 2004, p. 40

³⁴⁵ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 133

Ainda no que diz respeito aos exames médicos, em especial, a questão relativa à gravidez da mulher também propicia um fator de discriminação, uma vez que esta adquire a estabilidade no emprego durante esse período.³⁴⁶ Sendo assim, questionamentos ou exames que digam respeito ao estado de gravidez da mulher, desde que não guardem relação com a função a ser desempenhada, são capazes de violar o princípio da igualdade.³⁴⁷ De acordo com a Lei n. 9.029/95 a exigência de tais exames como critério de admissão ou permanência no emprego também constitui crime, sendo o empregador punido com detenção com pena de um a dois anos e multa.

Com relação aos exames médicos que buscam detectar problemas genéticos, objeto principal do presente trabalho foi realizado pela primeira vez em 1938, com o intuito de adequar a situação pessoal do empregado com a função a ser desempenhada, evitando riscos profissionais. Porém, essa prática foi desvirtuada e a exigência de tais exames possibilitou a discriminação, impedindo a contratação de uma série de pessoas em razão de suas características genéticas até que em 1989 esses exames foram proibidos pelo Parlamento Europeu.³⁴⁸

A realização desses exames não se coaduna com a manutenção da intimidade do indivíduo, uma vez que o código genético é um segredo para o próprio sujeito que se submete ao procedimento, sendo assim, este tem o direito de decidir sobre o conhecimento desses dados. Isso ocorre, pois, pode acontecer dele descobrir que o seu futuro será marcado por doenças que acarretem dor e sofrimento, causando-lhe um abalo psicológico imensurável.³⁴⁹

Edilton Meireles³⁵⁰ entende que a imposição de exames médicos além dos que são previstos em lei no processo seletivo será considerado prática abusiva, isto porque, ao subordinar o candidato à realização desses exames, condicionando-os à contratação, estará o empregador violando a intimidade do trabalhador, abusando do seu direito de celebrar o contrato.

Ocorre que nas relações de emprego, conforme visto anteriormente, o contratante se situa numa posição privilegiada e qualquer recusa da outra parte em realizar os exames que lhe

³⁴⁶ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 133

³⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 68

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 102

³⁴⁹ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011, p.237-238

³⁵⁰ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 173-174

forem solicitados impedirá sua contratação. Da mesma forma acontece no curso do contrato de trabalho se ele recusar-se à realização do exame, podendo ser despedido.³⁵¹

Os empregadores, ao exigirem a realização de tais exames médicos, buscam proteger seu patrimônio empresarial do empregado que não possua condições de desenvolver suas funções. Contudo, a proteção do patrimônio do empregador não se faz com a realização de tais exames, já que os exames médicos objetivam resguardar somente a saúde do empregado e não o patrimônio da empresa. Este deve ser protegido através da prevenção de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais.³⁵²

Diante do exposto, conclui Alice Monteiro de Barros:³⁵³

A investigação prévia, qualquer que seja o critério adotada, deve, em princípio, restringir-se a avaliar a aptidão do candidato para realizar as funções alusivas ao cargo que irá ocupar. Logo, a exploração psicológica deverá ater-se às qualidades pessoais consideradas essenciais ao exercício da função, sob pena de violação do direito à intimidade do indivíduo. Em geral, as perguntas compatíveis com a aptidão funcional dizem respeito a experiências obtidas, certificados, diplomas, local de trabalho anterior e outros assuntos ligados à capacidade profissional do empregado. A Constituição, ao assegurar a liberdade de crença religiosa, de convicção política ou filosófica (art. 5º, VIII) e a liberdade de associação (art. 5º, XVII), a rigor, está preservando o respeito à esfera pessoal de liberdade do indivíduo. Devem, portanto, ser evitadas indagações sobre opiniões políticas, crença religiosa, filiação sindical e origem étnica, que supõem intromissão na vida privada do empregado. O direito à intimidade atua aqui como "coluna sustentadora da liberdade", garantindo a liberdade individual.

³⁵¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 132

³⁵² MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 173.

³⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 66-67

5 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

É cediço que o empregado, por sua própria condição, obedece às ordens de seu empregador, seja em virtude do poder diretivo deste ou por necessitar do emprego como fonte direta de seu sustento. Dessa maneira, ele acaba por se submeter a qualquer comando do seu patrão, abdicando, inclusive, de direitos e garantias fundamentais de sua pessoa, com receio de não ser despedido ou, no caso dos candidatos à vaga de emprego, de não ser admitido em determinado trabalho. Da mesma forma ocorre quando estes são submetidos a exames que possibilitem o acesso às suas informações genéticas.

5.1 DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA DO TRABALHADOR

Os primeiros episódios de discriminação genética nas relações de emprego ocorreram nos Estados Unidos na década de 70, quando negros deixaram de ser contratados por possuírem predisposição genética para desenvolver anemia falciforme, ainda que estivessem saudáveis. Eles foram segregados até o surgimento das primeiras legislações, ainda na década de 1970, que proibiram e ajudaram no combate a essas práticas.³⁵⁴

Nas relações de emprego, entretanto, a validade do consentimento livre e esclarecido, disposto na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, resta prejudicado em virtude do desequilíbrio contratual das partes dessa relação. Da mesma forma, a autonomia da pessoa sobre seus dados genéticos deve ser limitada, uma vez que a disposição desses dados ao empregador pode violar não somente sua intimidade, como também expor a intimidade genética de parentes biológicos.³⁵⁵

Ocorre que, muitas empresas, visando à diminuição futura de gastos com a saúde de seus empregados, têm se utilizado dessas práticas durante a fase pré-contratual, assim como no decorrer do contrato, para favorecer ou preterir determinados indivíduos em razão de suas características genéticas. O grande problema é que os sujeitos dispensados não são

³⁵⁴ GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, 2002, p. 160. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n1/a14v07n1.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

³⁵⁵ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011. p.240

informados do real motivo da recusa, o que inviabiliza a apreciação desses casos pelo Judiciário. Da mesma forma, a utilização de informações genéticas pelo empregador como critério de seleção e contratação de pessoal permitirá que determinados grupos da sociedade sejam excluídos de processos seletivos sem, ao menos, realizar alguma entrevista ou responder um questionário, utilizando somente o resultado desses testes genéticos como "currículo" a ser analisado na contratação.

Francisco Vieira Lima Neto³⁵⁶ traz o conceito de discriminação genética como:

[...] conduta discriminatória, em geral por parte do Estado ou de grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa humana, que passa a ser considerada exclusivamente com 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.

Bruno Naves³⁵⁷ enfatiza o problema da seguinte forma:

A discriminação genética eleva o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. A desigualdade instaura-se pela determinação de que características genéticas podem fazer com que um indivíduo seja escolhido ou preterido para certa relação ou situação jurídica.

Sendo assim, as informações genéticas promovem a violação da privacidade e intimidade das pessoas, e contribuem para formação de políticas de exclusão, como acontece nas relações empregatícias. Essas informações são objeto de diversas discussões por propiciar o conhecimento de enfermidades futuras ou o grau de predisposição do indivíduo a essas doenças. O grande interesse das empresas na realização desses testes, por parte de seus empregados ou de candidatos à vagas de trabalho, ocasiona um grave problema discriminatório, uma vez que, mesmo estando ele apto para o trabalho no presente momento, se for constatado, no resultado desses exames, a probabilidade de ser acometido por enfermidade futura, poderão ser despedidos ou ter sua contratação recusada.³⁵⁸

³⁵⁶ LIMA NETTO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 62.

³⁵⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. p. 169. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015

³⁵⁸ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 64

Tal situação também criaria um estereótipo de empregado geneticamente perfeito para realizar determinada função, o que tornaria qualquer outro candidato que não estivesse no padrão desejado inapto para a empresa.³⁵⁹

Porém, a legislação trabalhista, ao exigir exames que expressem a saúde do trabalhador, o faz com intuito de proteger a saúde e a integridade física e psíquica do sujeito, sendo que, qualquer prática de opressão ao empregado fundamentada nesses exames deve ser rechaçada.³⁶⁰

Os empregadores justificam que também há vantagens para os empregados na realização dos exames genéticos, pois eles se beneficiariam ao saber dos riscos e da predisposição que possuem de desenvolver determinadas doenças e com isso poderiam preveni-las da forma adequada, inclusive, evitando o desempenho de funções que contribuíssem para o surgimento das mesmas. De qualquer forma, os possíveis benefícios não justificam, em hipótese alguma, os aspectos negativos da utilização dessa prática como a violação à intimidade do trabalhador, e a adoção de práticas discriminatórias, formando os excluídos do mercado de trabalho e violando o direito à igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Para Manoel Jorge e Silva Neto somente a discriminação genética ilegítima deve ser rechaçada. Ele entende que a discriminação genética pode ser legítima ou ilegítima. A ilegítima diz respeito a toda e qualquer codificação genética que tenha por objetivo uma prática discriminatória ilícita. No que se refere à discriminação legítima, o desrespeito à isonomia decorre de um critério justificado em um determinado caso concreto.³⁶¹

Os dados obtidos da informação genética só devem ser utilizados em pesquisas ou terapias que busquem a cura de doenças ou melhora na qualidade de vida do ser humano. Sendo assim, a solicitação de testes genéticos por parte do empregador é ilegítima e não encontra qualquer fundamento normativo.³⁶²

³⁵⁹ MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1180.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 1184.

³⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 240-242.

³⁶² MYSZCZUK, Ana Paula; DE MEIRELLES, Jussara Maria de Leal. *Op. cit.*, 2009, p. 1187.

Ainda para Manoel Jorge e Silva Neto, "não há como desconhecer a importância do assunto para as relações de trabalho, principalmente a partir da constatação de que é crescente o recurso a toda espécie de exame clínico dos trabalhadores por parte dos maus empresários."³⁶³

Hoje em dia, as principais questões controversas dizem respeito à prática de atos discriminatórios ilegítimos cometidos por parte do empregador.

Antecipa-se, porém, que quando o empregador se utiliza dos dados genéticos do trabalhador como forma de recusa à contratação deste, trata-se de discriminação genética ilegítima. De qualquer forma, o empregador está baseando sua contratação em critérios futuros e incertos, que somente ocorrerão a depender da vida que o próprio trabalhador levar. Os exames genéticos se baseiam em dados científicos que indicam a probabilidade de uma pessoa adquirir determinada doença. Porém, para que isso se concretize, vai depender da atitude pessoal do trabalhador e da intensidade em que este se submete a diversos fatores, tais como a qualidade de vida, o nível de estresse, os cuidados médicos, fatores estes que podem aumentar ou diminuir as chances dessa pessoa ser acometida por uma doença.³⁶⁴

Nessa mesma linha, conclui José Adérico Leite Sampaio³⁶⁵ que não há como prever se acontecerá, quando ocorrerá ou em que grau se manifestará tais doenças. Sendo assim, qualquer argumento justificativo para utilização desses testes somente contribuirá para disfarçar a atitude discriminatória do empregador.

5.1.1 Proteção à intimidade genética

As discussões sobre genética envolvem questões referentes à dignidade humana e direitos fundamentais, pois se tratam de valores intrínsecos ao ser humano. Sendo assim, quaisquer assuntos, procedimentos e técnicas que relacionem o conhecimento genético com o homem devem respeitar a pessoa humana.³⁶⁶

³⁶³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 242.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 243-244.

³⁶⁵ SAMPAIO, José Adérico Leite. **Testes genéticos, AIDS e o direito à intimidade do candidato a um emprego**. p. 306. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1135>> . Acesso em: 26 out. 2015

³⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano Bioconstituição: Bioética e direito. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Direitos civis e políticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2011, p. 109

Conforme se pode extrair do tópico 3.3.3, uma das discussões ético-jurídicas a respeito do mapeamento do genoma humano demandava a observância aos princípios da autodeterminação e da intimidade da pessoa examinada, ou seja, buscando proteger a intimidade do indivíduo, era necessário, de maneira prévia, o expresso consentimento informado deste para que os testes genéticos fossem voluntários.³⁶⁷

A intimidade é um dos direitos da personalidade do sujeito, inerentes à sua condição humana, passível de proteção, inclusive, no meio laboral. Sabe-se que os direitos da personalidade do empregado não estão expressos no ordenamento trabalhista brasileiro, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos como o de Portugal. Diante de tal ausência, toda norma deve ser interpretada observando esses direitos, buscando proteger a dignidade do empregado.³⁶⁸

A falta de proteção expressa na legislação trabalhista, aliado ao fato de que a relação de emprego é marcada pelo desequilíbrio existente nessas relações, torna o terreno propício para lesão aos direitos fundamentais do empregado por parte do empregador.³⁶⁹

Por tais motivos, é comum haver lesão à intimidade e à vida privada do trabalhador, em especial nos processos de seleção, onde o candidato à vaga não oferece qualquer tipo de resistência contra essas práticas, o que ocorre em razão do medo de não ser contratado. Também pode acontecer da empresa informar às outras sobre a resistência do obreiro ou, se for o caso, eventual providência judicial tomada por ele, impedindo-lhe também a contratação em outras empresas.³⁷⁰

Como visto através da leitura do capítulo 3, a intimidade se trata de um dos direitos da personalidade e é um desdobramento da vida privada, pois trata de aspectos ainda mais reservados do indivíduo. Fatos referentes à intimidade do sujeito não dizem respeito a terceiros, mas somente aos aspectos do indivíduo com relação a si mesmo, diferentemente da vida privada que, apesar de comportar situações pessoais, envolvem, necessariamente, ligação com outros indivíduos.³⁷¹

³⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 508

³⁶⁸ WANDERLEY, Maria do Perpetuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009**. p. 109. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13637/006_wanderley.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22. jul. 2015.

³⁶⁹ DAL LAGO, Camila; VECCHI, Ipojuca Demétrius. A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego. **Justiça do direito**, v. 24, n. 1, 2010. p. 109. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2147/1387>>. Acesso em: 12 out. 2015.

³⁷⁰ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 129

³⁷¹ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 166.

O direito à intimidade não se limita à esfera cível, interferindo também em outros ramos do direito, acompanhando o indivíduo em qualquer relação que seja formada por ele.

Então, embora a legislação trabalhista não faça menção aos direitos da intimidade e da privacidade, são espécies dos direitos da personalidade. Dessa forma, gozam de amparo constitucional e podem ser oponíveis contra o empregador, ainda que em ambiente laboral, devendo ser respeitados, pois são inerentes à própria condição humana e seu exercício supõe liberdades civis.³⁷²

Conforme dito, não é devido ao fato de o empregado estar subordinado juridicamente ao empregador em razão de seu poder diretivo que não haverá a tutela à intimidade no ambiente de trabalho, caso contrário, não se falaria em subordinação jurídica do empregado, mas sim no estado de sujeição deste.³⁷³

Para Denise Hammerschmidt e José Sebastião de Oliveira:³⁷⁴

A intimidade é um direito inerente à pessoa, que não é preciso ser conquistado para ser possuído nem se perde por desconhecê-lo. É uma característica própria do ser humano pelo mero fato de sê-lo. Esse direito, que na Constituição Federal brasileira tem característica de direito fundamental (art. 5º, X), apresenta suas raízes no direito ao respeito à liberdade da pessoa, que se encontra na base de todo tipo de convivência e de relações humanas.

O direito à intimidade busca proteger a vida íntima da pessoa da intromissão alheia para que ela mantenha suas questões pessoais reservadas do conhecimento dos demais, aspectos extremamente importantes para manutenção do seu estado de paz e sua qualidade de vida. Se tais questões e fatos forem revelados e alcançarem o conhecimento de terceiros, isto pode causar incriveis constrangimentos ao indivíduo perante o meio em que convive ou nas relações sociais que mantém.³⁷⁵

Diante disso, a intimidade genética configura um verdadeiro direito fundamental da pessoa em manter guardadas informações sobre sua situação genética, pois, divulgá-los seria o mesmo que sujeitar a pessoa a sofrer discriminação genética por conta de futuros males que

³⁷² BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 12

³⁷³ *Ibidem*, p. 13

³⁷⁴ HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito à intimidade genética: Um contributo ao estudo dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, 2006. p. 433. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/320/179>>. Acesso em: 01 set. 2015.

³⁷⁵ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 53.

talvez não tenha, ou em razão de traços de sua personalidade, condenando o indivíduo ao sofrimento antecipado.³⁷⁶

Luiz Carlos de Assis Júnior, em sua obra, ilustra onde está situada a intimidade genética no direito à privacidade da pessoa. Trata-se de questões mais reservadas do que qualquer outra referente à própria intimidade, pois diz respeito aos aspectos mais íntimos do próprio indivíduo, já que o código genético é segredo até mesmo para ele. Sendo assim, é a esfera íntima que merece maior proteção.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito à intimidade em seu art. 5º, X. Em razão disso, como os dados genéticos da pessoa humana constituem seu patrimônio íntimo e moral e, se revelados, podem gerar imenso prejuízo para o sujeito, pode-se concluir que a Constituição oferece proteção à intimidade genética, colocando-a como direito fundamental.³⁷⁷

De qualquer forma, para que seja realizado o exame genético, é necessário que o candidato à vaga de emprego dê seu consentimento de forma livre e esclarecida. Ocorre que este consentimento resta prejudicado em razão da já falada desigualdade das partes na relação empregatícia. Então, ainda que o empregador obtenha o consentimento, trata-se de exercício arbitrário do poder empregatício. Por isso, os direitos fundamentais do trabalhador devem incidir de modo efetivo nessa relação para que o patrimônio moral do trabalhador e sua dignidade humana não sejam violados.³⁷⁸

Logo, não pode o empregador investigar a intimidade do indivíduo para decidir se vai ou não contratá-lo, pois estará agindo de forma discriminatória, desrespeitando, assim, não só o direito à intimidade como também o princípio da igualdade, posto que discriminações injustificadas ou baseadas em preconceito sejam rechaçadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma, somente o indivíduo deve ter domínio sobre sua intimidade genética, garantindo que essas informações não sejam expostas a terceiros, como também deve ter o

³⁷⁶ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011, p.236

³⁷⁷ *Ibidem*, p.237

³⁷⁸ DAL LAGO, Camila; VECCHI, Ipojucan Demétrius. A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego. **Justiça do direito**, v. 24, n. 1, 2010. p. 114. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2147/1387>>. Acesso em: 12 out. 2015.

direito de escolher se deseja ou não saber sobre seus dados genéticos. Sendo assim, por se tratar de um direito de personalidade, não pode ser divulgado sem autorização prévia.³⁷⁹

A segurança, a higiene, a saúde e o meio ambiente do trabalho, através da interpretação sistemática dos arts. 6º, 7º, XXII, 196 a 200 e 225, § 1º, V da CF/88 possuem natureza de direitos sociais indisponíveis do trabalhador e são de cumprimento obrigatório, impostos por lei ao empregador através dos arts. 154 a 201 da CLT. Tais artigos disciplinam que os trabalhadores devem exercer suas atividades em ambientes seguros, reduzindo os riscos através da observância das normas impostas.³⁸⁰

Sendo assim, não há justificativa para a exigência de exames genéticos admissionais do candidato à vaga de emprego ou mesmo nos empregados já contratados sob o argumento de que tais testes buscam prevenir os riscos da atividade e proteger a saúde dos funcionários, adequando-os às funções compatíveis com o seu perfil ou não os expondo aos agentes insalubres quando predispostos a determinadas doenças. O alcance dessa finalidade deverá ser através do cumprimento das normas de segurança por parte da empresa e não pela violação à intimidade genética e seleção discriminatória desses candidatos, com o intuito de se eximir de qualquer responsabilidade, transferindo-a para o trabalhador.

No Brasil, o Direito do Trabalho não possui legislação específica para proteção dos direitos da personalidade do trabalhador, nos quais se insere a intimidade genética, podendo ele recorrer ao art. 483 da CLT que possibilita a rescisão indireta do contrato de trabalho nas hipóteses em que direitos relacionados com os direitos da personalidade são violados.³⁸¹

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

[...]

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama.³⁸²

³⁷⁹ STOCCO, Adriele Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 47

³⁸⁰ BERTUCCI, Sidney; et al. **Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil**. p. 7-9. Disponível em: <[http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20\(2\).pdf](http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20(2).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

³⁸¹ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 126

³⁸² BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**: decreto-lei nº 5.452, de 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

No que se refere ao candidato à vaga, discriminado em razão de sua intimidade genética, é possível pleitear a indenização por danos morais asseguradas constitucionalmente no art. 5º, X da CF/88.

Edilton Meireles³⁸³ menciona que:

Violações ao direito à intimidade e à vida privada, assim, devem ser consideradas como abusivas ou ilícitas. No mais das vezes, estar-se-ia diante da ilicitude típica, pois a conduta do empregador estaria em colisão com o direito assegurado ao empregado. Em situações duvidosas, no entanto, pode-se afirmar que ocorre o abuso do direito, pois o empregador, no exercício do seu direito de direção, estaria ultrapassando os limites impostos pela boa-fé, função social, ou econômica do contrato ou bons costumes.

[...]

Deve ser frisado, ainda, que a doutrina e a jurisprudência têm considerado que na seleção de pessoal também não se admite a interferência na vida íntima ou privada do candidato. Essa intromissão só é aceita, de modo excepcional, "quando apresentam relevância para execução das funções que serão executadas, em nome da liberdade de contratação conferida ao empregador.

Dessa forma, a tutela do direito à intimidade no âmbito laboral, em especial, a intimidade genética, se dá através da proteção constitucional genérica, aliada à analogia, à doutrina e jurisprudência até o surgimento de alguma legislação trabalhista específica.³⁸⁴

Trata-se de um direito fundamental de extrema importância, uma vez que obsta a realização de investigação genética dos empregados ou candidatos à vaga de emprego por parte da empresa. Sendo assim, não pode o empregador, buscando evitar gastos futuros com tratamentos médicos e capacitação de profissionais que não darão retorno em virtude de alguma doença, impor para a contratação, permanência ou promoção na empresa o resultado de exames genéticos, pois estará violando o princípio da não discriminação e o direito fundamental à intimidade genética.

5.1.2 Proibição da discriminação em razão das características genéticas

Hodiernamente, junto com os avanços da ciência e o conhecimento do genoma humano, surge uma nova preocupação no meio social que diz respeito a uma incipiente forma de discriminação, fundada nas características genéticas. Tal prática vem ganhando espaço nas

³⁸³ MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 167.

³⁸⁴ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 127.

relações empregatícias e nos contratos de seguros de saúde, ocasionando a exclusão de indivíduos portadores de problemas genéticos.³⁸⁵

Nessa mesma linha, Maria Helena Diniz³⁸⁶ dispõe que a imposição dessa análise genética poderia acarretar uma forma de discriminação capaz de afastar o indivíduo de empregos ou da contratação de seguros de saúde. Sendo assim, ninguém tem o direito de exigir determinado teste, pois seria uma afronta à privacidade da pessoa.

No âmbito trabalhista, cada vez mais se tem notícias, em países como os Estados Unidos, de casos de discriminação genética ocorrida tanto na fase pré-contratual como no decorrer do contrato de emprego. A exigência de testes preditivos a esses candidatos os impedem o acesso ao mercado de trabalho, violando o direito social fundamental ao trabalho. Portanto, a discriminação vem atingindo novos rumos e ganha contorno nas questões genéticas, prática esta que deve ser contida pelo Direito.³⁸⁷

Conforme Maria Helena Diniz.³⁸⁸

Tal técnica de depuração genética para estigmatizar um certo grupo populacional estaria fadada ao fracasso científico e careceria de qualquer fundamentação jurídica e ética, nem mesmo seria admissível a seleção de trabalhadores segundo critérios genéticos.

[...]

Quando se realizarem exames epidemiológicos sobre lesões genéticas ou diagnósticos genéticos, dever-se-á sempre ter em vista um objetivo terapêutico, sendo que a informação genética obtida terá de ser protegida contra qualquer uso indevido, para garantir o direito à privacidade do seu titular e proibir discriminação ilícita para fins trabalhistas ou securitários.

Para Luiz Carlos de Assis Júnior³⁸⁹, da mesma forma que ocorre na aplicação de questionários, onde não podem ser feitas perguntas que não guardem relação com a função a ser desempenhada, sob pena de violar a intimidade do candidato, a empresa só deve analisar a atual condição de saúde do pretense empregado, e não se debruçar sobre suas condições futuras por meio de exames genéticos, pois isto seria uma afronta à intimidade genética.

Foi visto no tópico anterior que o ordenamento trabalhista carece de legislação expressa para proteção dos direitos da personalidade do trabalhador. Da mesma forma, por se tratar de prática recente, também não há lei que trate da investigação genética especificamente nas relações empregatícias. Contudo, isso não quer dizer que tal prática esteja permitida ou que

³⁸⁵ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 57

³⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 508-509

³⁸⁷ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. *Op. cit.*, 2006, p. 59

³⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p. 541-542

³⁸⁹ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011, p.245.

carece de tutela jurídica, pois existem diversas normas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

Sendo assim, com relação à prática de atos discriminatórios ilegítimos cometidos por parte do empregador, é necessário discorrer sobre as vedações legais e constitucionais a este fato.

A CLT carece de norma específica para tratar do tema. Contudo, o já mencionado art. 373-A da legislação trabalhista pode ser aplicado por analogia aos casos de exames genéticos, uma vez que inexistente regulamentação expressa no direito positivo quanto à solicitação desse exame, como também pelo fato de que práticas como essas devem ser banidas das relações de trabalho.³⁹⁰

No âmbito constitucional se tem dispositivos que tornam a igualdade um direito fundamental e vedam qualquer tipo de discriminação. Os artigos 3º, IV e 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 disciplinam o tema:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
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 [...].³⁹¹

Da mesma forma, conforme exposto no capítulo 3, tramitam no Congresso inúmeros projetos de lei que buscam coibir a prática de discriminação genética, até mesmo colocando-a como ilícito penal.

Esses preceitos constitucionais são importantes para afastar toda e qualquer forma de discriminação nas relações trabalhistas, inclusive em virtude da utilização do exame genético como critério admissional.

De igual forma, tem-se também a já citada Convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 62.150 de 19 de janeiro de 1968. Sendo assim, por aplicação analógica ou por interpretação extensiva, todo esse aparato normativo, que veda qualquer tipo de discriminação, fundamenta a não discriminação em virtude das características genéticas.³⁹²

Por todo o exposto, conclui-se que o indivíduo não pode ter sua condição humana reduzida em virtude de suas características genéticas, pois elas também serão estabelecidas por fatores

³⁹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 242.

³⁹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

³⁹² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 325

exógenos, como o ambiente social e natural em que o sujeito está inserido, assim como seus hábitos, condições de vida, alimentação e cuidados com a saúde. Dessa forma, todos estão sujeitos à mutações genéticas, motivo pelo qual não há fundamentos no determinismo genético.³⁹³

Ana Cláudia Bandeira Pirajá e Tatiane Botura Scariot aduzem que:³⁹⁴

[...] tal prática é indiscutivelmente discriminatória, e compromete a proteção da igualdade, da dignidade pessoal, da intimidade e da identidade genética humana, valores amparados constitucionalmente, que prevalecem ante o confronto com o direito à iniciativa econômica, pois não se podem aniquilar os direitos fundamentais dos trabalhadores sem que haja razões jurídicas e interesses relevantes da entidade empregadora que justifiquem tamanho sacrifício.

E Luiz Carlos de Assis Júnior³⁹⁵ complementa: "o futuro do trabalhador a ser contratado faz parte dos riscos da exploração da atividade econômica da empresa".

Até o surgimento de alguma legislação que disponha em sentido contrário, os resultados dos exames genéticos somente dizem respeito ao indivíduo, pois suas informações genéticas devem ser protegidas pelo direito à intimidade. Qualquer exigência do empregador nesse sentido ultrapassa os limites do poder diretivo.³⁹⁶

Portanto, todos os meios de combate e de eliminação a toda e qualquer forma de discriminação são essenciais para a garantia dos direitos fundamentais, do pleno exercício dos direitos civis, sociais, econômicos, políticos e culturais constitucionalmente assegurados pelo Estado democrático de direito.³⁹⁷

5.1.3 Limites

Como justificativa para realização dos exames genéticos, as empresas argumentam que tais resultados mostram a predisposição das pessoas a determinadas doenças que podem ser

³⁹³ MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria de Leal de. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009, p. 1188

³⁹⁴ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 67

³⁹⁵ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011, p.245

³⁹⁶ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 142

³⁹⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.7, jul. 2001, p. 1199.

causadas pelo uso de certos materiais do ambiente de trabalho. Sendo assim, o empregador poderia, em tais casos, dispensar essas pessoas ou recusar a sua contratação sem, contudo, caracterizar discriminação.

Porém é notório que na posse de tais informações, o empregador também pode desenvolver uma política empresarial discriminatória, baseada na contratação ou promoção de pessoas que possuem as características necessárias para determinada função em detrimento dos que possuem capacidade laboral reduzida. Se não forem postos limites, haverá o surgimento de uma nova classe social de marginalizados, excluídos das oportunidades de trabalho por conta de suas condições genéticas.³⁹⁸

A partir da análise do genótipo do sujeito, é possível identificar, dentre os empregados que trabalham com exposição a agentes nocivos, quais são mais resistentes à exposição, sendo possível uma ação de prevenção a determinadas enfermidades. Contudo, apesar do intuito benéfico, essa prática pode resultar na discriminação genética do obreiro. A simples identificação do gene causador da doença não garante que esta se manifeste posteriormente, pois isto dependerá de uma série de fatores externos, como também a expressão do próprio gene no cromossomo. Dessa forma, empregados suscetíveis a determinadas enfermidades podem nunca vir a padecer em razão de tal doença, desde que o meio ambiente do trabalho seja um lugar adequado ou, se for local de risco, seu grau de exposição seja minimizado. De qualquer forma, deve ser resguardado o direito do empregado em não participar desses testes caso haja receio de sofrer qualquer tipo de discriminação. Então, para que o mapeamento genético seja utilizado de forma benéfica, priorizando a saúde, será necessário um total preparo dos empregadores, apoiado numa legislação forte para que não haja o desvirtuamento desta prática.³⁹⁹

De modo geral, a discriminação vedada pelo ordenamento é a discriminação desarrazoada, ilegítima, baseada em critérios de distinção arbitrários e sem fundamento.⁴⁰⁰

Então, quando um anúncio de emprego exigir certas características do empregado como etnia, sexo, idade, e outros critérios que ensejam práticas discriminatórias, deverá o empregador

³⁹⁸ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, 2006, p. 65

³⁹⁹ GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, 2002, p. 163-166. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n1/a14v07n1.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2015.

⁴⁰⁰ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008, p. 253. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

justificar, fundamentadamente, a relevância de tal distinção e a necessidade desta para o cargo a ser preenchido.⁴⁰¹

Logo, somente é lícito ao contratante proceder de tal forma se houver conexão do *discrímen* com as características exigidas para a função.

A respeito desses critérios, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰² leciona sobre a discriminação legítima:

[...] qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico [...].

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. Por conseguinte, teremos por legítima a discriminação - e, portanto, não ofensiva ao postulado da igualdade - quando o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontram plenamente justificando a situação fática.

Dessa forma, é possível que o empregador adote critérios discriminatórios ao exigir determinadas características no anúncio de emprego ou no processo seletivo, desde que sejam distinções legítimas. Em artigo sobre o tema, Manoel Jorge exemplifica uma possível discriminação racial nas relações de trabalho, ao exigir a contratação de trabalhadores negros para o desenvolvimento de atividades relacionadas à cultura afro.⁴⁰³

Também é possível a distinção com relação à idade, quando, por exemplo, determinada agência de moda estabeleça uma idade máxima de contratação de modelos para um desfile destinado ao público jovem. Nesses casos, os critérios discriminatórios foram legitimados em razão da necessidade deles para a atividade desenvolvida. De igual forma, também será possível o *discrímen* com base no gênero, na religião, entre outros, desde que haja sempre a justificação dessa situação fática.⁴⁰⁴

No que se refere à discriminação genética, Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁰⁵ diz que:

⁴⁰¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007, p. 315

⁴⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

⁴⁰³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2011, p.50-51

⁴⁰⁴ *Idem*. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 243

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 240.

Será sempre ilegítima a discriminação genética quando não consentida por fato da vida; quando o empregador se vale das informações da codificação genética do empregado para recusar-lhe promoção ou, pior ainda, para impedir se dê a contratação.

[...] podemos designar de discriminação genética ilegítima toda e qualquer prática discriminatória ilícita que tem por base a codificação genética da pessoa.

Para Luiz Carlos de Assis Júnior,⁴⁰⁶ é possível a discriminação genética lícita quando for constatado que a função exercida pelo empregado é capaz de agravar sua propensão genética a desenvolver determinada doença. Diante disso, a empresa deverá remanejá-lo de função para salvaguardar a saúde e a vida desse sujeito.

Manoel Jorge e Silva Neto também não inviabiliza a discriminação genética nas relações empregatícias:

[...] dentro da multitudinária realidade das relações de trabalho, presenciamos circunstâncias permissivas do uso de dados genéticos do trabalhador pela empresa sem que o procedimento descambe para a ilegitimidade, como, por exemplo, na situação em que realizado exame genético, tenha sido constatada a probabilidade de o empregado ser, no futuro, acometido de *leucopenia*, que é enfermidade relacionada à redução dos leucócitos no sangue. Tratando-se de empresa cuja atividade esteja vinculada ao ramo químico e que se utilize do benzeno no processo produtivo ou como matéria-prima, é absolutamente legítimo o comportamento empresarial destinado a afastar o trabalhador de qualquer contato com a substância, posto que é causa eficiente de instalação da doença indicada como probabilidade de ser contraída pelo trabalhador, mais ainda porque dados estatísticos e científicos comprovam, de forma objetiva, que já inegável correlação entre exposição ao benzeno e a redução dos glóbulos brancos do sangue.⁴⁰⁷

Então, conforme exposto por Manoel Jorge, a utilização dos dados genéticos do trabalhador só será válida se o empregador tiver como objetivo políticas empresariais de proteção à saúde e segurança do trabalhador, buscando o bem estar deste ao detectar, através da monitoração genética, se o ambiente de trabalho produz efeitos indesejáveis na saúde do empregado.

Da mesma forma, Sandra Lia Simón admite a realização desses exames para detectar a probabilidade que determinados profissionais possuem de enfartar durante o desempenho da função, como nos casos dos motoristas de ônibus, pilotos de avião, e demais profissionais que lidem com transporte de pessoas. Estas seriam exceções que possibilitam o uso das informações genéticas no âmbito laboral em favor da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Porém, em razão da complexidade do assunto, enumerar hipóteses permissivas para tais práticas não significa a melhor solução para o problema, pois não há garantia de sua utilização para outras finalidades arbitradas pelo empregador. Necessita-se, em verdade, da

⁴⁰⁶ ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011, p.246

⁴⁰⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 243-244.

aplicação de sanções civis e criminais significativas nos casos de desvirtuamento dos propósitos desses exames.⁴⁰⁸

5.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR POR DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Em relação à área trabalhista, a maior parte do problema da fase pré-contratual se refere à discriminação. De acordo com Sandra Lia Simon, a situação do candidato à vaga de emprego é frágil, por isso o princípio da igualdade e as regras da boa-fé contratual devem estar presentes na condução da negociação, sendo vedada uma série de exames de caráter discriminatório, dentre eles o do mapeamento genético, em virtude dos princípios da dignidade humana e da não discriminação.⁴⁰⁹

O empregador, durante a contratação, deveria se limitar à busca de informações referentes à capacidade profissional do trabalhador. Ocorre que, não satisfeito, adentra em aspectos que dizem respeito às características pessoais do sujeito e que não guardam relação com a natureza do serviço a ser desenvolvido, o que poderá ensejar alguma forma de discriminação vedada pela Constituição Federal.⁴¹⁰

O legislador reconheceu a prática de atos discriminatórios na fase pré-contratual ao editar a Lei n. 9.029/95, que proíbe para critérios de admissão do empregado a exigência de exames de gravidez ou de esterilização.⁴¹¹

Enoque Ribeiro dos Santos diz que a fase pré-contratual refere-se ao momento em que tem início as negociações entre trabalhador e empregador, e que a seleção dos candidatos deve estar baseada em critérios de escolha que avaliem apenas informações que sejam necessárias à finalidade do contrato. Caso contrário é possível pleitear danos morais nessa fase.⁴¹²

A responsabilidade civil pré-contratual no Direito do Trabalho não diz respeito somente aos critérios abusivos de seleção. Quanto maior o número de entrevistas e quanto mais segue as

⁴⁰⁸ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 141-142

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 129-144

⁴¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998, p. 13

⁴¹¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 95

⁴¹² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. São Paulo: LTr, 2002, p. 125-127.

negociações acerca do contrato, maior a expectativa de contratação, o que pode gerar um dever de reparação e ressarcimento das despesas, como também pela possível rejeição de outra vaga de emprego por parte do candidato. Nesses casos, para Luciano Coelho, é possível que a discriminação gere, inclusive, a obrigatoriedade de contratação por parte da empresa em virtude da perda de uma chance e em razão da quebra da confiança depositada na outra parte da relação⁴¹³.

José Affonso Dallegrave Neto⁴¹⁴ ensina que:

Com efeito, no momento das negociações prévias ou da entrevista do candidato à vaga na empresa, pode-se dizer que não está presente a figura do "empregado", vez que contrato de trabalho ainda não se formou por inteiro; contudo, nesse instante, encontra-se presente a figura jurídica do trabalhador que intenciona conquistar o emprego. Observa-se que tanto o empregado com vínculo constituído quanto o trabalhador com relação ainda incipiente encontram-se, igualmente, albergados pela competência da Justiça do Trabalho.

Diante do exposto, caso o empregado sofra recusa de contratação em virtude da discriminação genética ilegítima, ele pode adotar medidas judiciais, pleiteando, inclusive, indenizações pelos danos causados.

5.2.1 A discriminação genética e a responsabilidade pré-contratual

No geral, o empregador, ao exigir a realização de exames genéticos por parte dos candidatos à vaga de emprego, o faz com dupla finalidade. Primeiramente, busca uma seleção negativa por meio da não contratação de indivíduos que possuam algum tipo de anomalia genética diagnosticada passível de ser manifestação futura. Por seguinte, também objetiva uma seleção positiva no sentido de buscar os trabalhadores mais preparados em razão de serem geneticamente compatíveis com a função a ser exercida.

De qualquer forma, a maioria dos benefícios dessas práticas discriminatórias será auferida pelo empregador, já que o pretense empregado terá sua intimidade genética exposta e seus direitos violados. Por isso, tal prática só deverá ser realizada se for demonstrado necessária relevância para assegurar o direito à saúde do trabalhador na atividade que irá desempenhar.

⁴¹³ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 277.

⁴¹⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 145.

Isto não significa também que a empresa deverá ter acesso à completude dos dados genéticos do trabalhador, devendo o médico informar somente o essencial para o exercício da função.⁴¹⁵

É notório que, para o empregador, interessa o candidato que possuir melhor saúde e seja capaz de oferecer maior desempenho e melhores resultados, proporcionando-lhe maior rentabilidade. Em contrapartida os propensos às enfermidades serão vítimas de discriminação genética e formarão uma nova camada de excluídos da sociedade.⁴¹⁶

Apesar de existir quem defenda o uso de testes genéticos como forma de proteção ou mecanismo eficaz para melhorar a saúde dos empregados, a grande maioria dos debates interdisciplinares sobre o assunto mantém posição no sentido de que não devem ser obrigatórios.⁴¹⁷

5.2.2 O dever de reparação na fase pré-contratual

A fase pré-contratual trabalhista consiste numa série de negociações anteriores à formação do contrato empregatício. Embora ainda não haja relação de emprego, já se pode falar na existência de um contrato preliminar.⁴¹⁸

Conforme fora visto no tópico 2.3.3, Enoque Ribeiro dos Santos⁴¹⁹ entende que a fase pré-contratual diz respeito ao momento em que tem início as conversações entre empregador e o pretense empregado, e dispõe que os processos de seleção dos candidatos devem se destinar à busca de informações necessárias à função, com razoabilidade e coerência à efetivação do contrato. O indivíduo que não consegue arranjar emprego em virtude de algum fato discriminatório precisa buscar a tutela jurídica existente na fase pré-contratual, uma vez que, na área trabalhista, tal fase é terreno propício para práticas ilícitas diante da fragilidade do trabalhador.

Conforme visto, é perfeitamente possível que a empresa, ao proceder na seleção de seus empregados, busque informações relacionadas ao indivíduo que guardem relação com o

⁴¹⁵ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006, p. 65-66

⁴¹⁶ STOCCO, Adrielle Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009, p. 49

⁴¹⁷ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. *Op. cit.*, 2006, p. 67

⁴¹⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 94

⁴¹⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro. **O dano moral na dispensa do empregado**. São Paulo: LTr, 2002, p. 125-127

ambiente de trabalho, tais como experiências anteriores, cursos e certificados, promoções e outros dados que se relacionem com a qualificação profissional. De igual forma, devem ser evitados questionamentos sobre aspectos pessoais do indivíduo, que possam invadir sua intimidade e que não interfiram nas suas aptidões profissionais.⁴²⁰

Porém, para Luciano Augusto de Toledo Coelho⁴²¹, a responsabilidade civil pré-contratual no Direito do Trabalho não se limita à seleção abusiva:

Aprofundando mais as tratativas de emprego, a frustração de uma expectativa real de trabalho, conforme o grau de avanço nas negociações, muitas vezes após cinco ou seis entrevistas, pode gerar responsabilidade de ressarcimento de despesas ou em face de compromisso rejeitado em outro emprego. No mínimo, gera-se a necessidade de cumprimento de um dever de conduta, qual seja, o de informar o motivo da não aceitação do candidato possibilitando eventual contraditório ou questionamento em juízo.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 114, fixou para a Justiça do Trabalho a competência para julgar as ações que envolvam relações de trabalho, bem como as demandas que tratem de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes dessa relação, inclusive na fase pré-contratual.

TRT-5 - Recurso Ordinário RecOrd 00014627120115050121 BA 0001462-71.2011.5.05.0121 (TRT-5)⁴²²

Data de publicação: 05/11/2012

Ementa: CANDIDATO QUE SE SUBMETE A PROCESSO SELETIVO, ENTREGA DE DOCUMENTOS E EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS. JUSTA EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. **DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL.** ÔNUS DA PROVA. Ocorre **dano moral pré-contratual** quando a empresa ilude o trabalhador, causando-lhe expectativa exacerbada de contratação, mormente quando na fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais e entrega de documentos, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre. Admitindo, a empresa, que o Reclamante se submeteu a processo seletivo, entregou documentos e realizou exames pré-admissionais presume-se a configuração do fato constitutivo, ou seja, da criação de forte expectativa de contratação, cabendo à empresa a desconstituição desta presunção.

TRT-5 - Recurso Ordinário RecOrd 00012176120135050195 BA 0001217-61.2013.5.05.0195 (TRT-5)⁴²³

Data de publicação: 03/10/2014

Ementa: CANDIDATO QUE SE SUBMETE A PROCESSO SELETIVO, ENTREGA DE DOCUMENTOS E EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS E É OBRIGADO A ABRIR CONTA SALÁRIO. JUSTA EXPECTATIVA DE

⁴²⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 97.

⁴²¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 277

⁴²² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RecOrd 00014627120115050121 BA 0001462-71.2011.5.05.0121**. Relator: Luíza Lomba. Julgado em 05 de novembro de 2012. Disponível em: < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159713114/recurso-ordinario-record-14627120115050121-ba-0001462-7120115050121>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴²³ *Idem*. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RecOrd 00012176120135050195 BA 0001217-61.2013.5.05.0195**. Relator: Luíza Lomba. Julgado em 03 de outubro de 2014. Disponível em: < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158328463/recurso-ordinario-record-12176120135050195-ba-0001217-6120135050195>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

CONTRATAÇÃO. DANO MORAL PRÉ-CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. Ocorre **dano moral pré-contratual** quando a empresa cria para o trabalhador expectativa exacerbada de contratação, mormente quando na fase das tratativas inclui a realização de exames admissionais, entrega de documentos e abertura de conta para recebimento de salário, gerando no obreiro a quase certeza da admissão, que, por fim, não ocorre.

Tais julgados demonstram a competência da Justiça Trabalhista para resolver pedidos que envolvam danos morais em face da responsabilidade pré-contratual.

Então, não há como deixar de considerar as práticas discriminatórias contra os candidatos à vaga de emprego que ocorrem na fase de recrutamento. Dessa forma é possível a responsabilização trabalhista do empregador em razão de tal conduta.⁴²⁴

Desse modo, analisam-se as principais formas de responsabilização do empregador em virtude da discriminação genética que ocorrem na fase pré-contratual.

Foi através da teoria da culpa *in contrahendo*, desenvolvida por Rudolf Von Ihering, que se tornou possível a responsabilização na fase pré-contratual.

A teoria da culpa *in contrahendo* se baseia numa conduta ilícita da parte contratante, seja porque deixou de informar sobre algum vício ou qualidade essencial ao objeto do contrato, de forma culposa ou dolosa, como também por desistir injustificadamente da contratação após criar grande expectativa na parte contrária. Tal teoria se baseia na quebra da confiança decorrente da boa-fé objetiva, no qual as partes contratantes devem agir com lealdade, informação e cooperação durante as negociações.⁴²⁵

Então, por esta teoria, o inadimplemento do dever contratual, por si só, resulta na culpa presumida do agente que criou séria expectativa na outra parte durante as tratativas.⁴²⁶

Conforme visto no tópico 2.3.1, o dever de ressarcimento, então, se deve em razão da inobservância do princípio da boa-fé, que busca a confiança recíproca, guiando o comportamento das partes desde a fase anterior ao contrato.⁴²⁷

Para outros doutrinadores, a reparação civil decorrente da fase pré-contratual pode ocorrer também pela teoria do abuso de direito, tratada no ponto 2.4, que se dá pela extrapolação do direito subjetivo da parte. Em razão da frustração injustificada do contrato de trabalho, será

⁴²⁴ DUARTE, Juliana Bracks; KLÔH, Talita Cecília Souza. O perigo da seleção de pessoal que envolve a verificação de SPC, SERASA e FAC dos candidatos. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, a. 23, n.271, jul. 2006, p.48

⁴²⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 138

⁴²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁴²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 169-170.

caracterizado o abuso decorrente da liberdade de não contratar. Ainda que o contrato não tenha sido concluído, as partes devem se comportar com probidade e lealdade, característicos da boa-fé, durante as negociações preliminares. Diante disso, será possível a indenização pelos danos emergentes, que correspondem aos gastos que foram realizados, como pelos lucros cessantes, que se referem à possibilidade de ter sido contratado por outra empresa se soubesse que sua negociação seria frustrada, além disso, não há prejuízo para o pleito de danos morais, se for este o caso.⁴²⁸

Dessa forma, a reparação do dano material pelo abuso de direito deve compreender tanto o dano emergente como o lucro cessante. O primeiro diz respeito àquilo que o lesado perdeu e o segundo corresponde àquilo que efetivamente deixou de ganhar em razão do prejuízo que lhe foi causado.⁴²⁹

De tal forma, como fundamento dessas duas teorias, entende-se que a reparação do dano na fase pré-contratual também se fundamenta na boa-fé objetiva, sendo que se não forem observados seus deveres laterais de conduta, estará configurada a lesão. Portanto, parte da doutrina justifica também a responsabilidade civil pré-contratual pela violação ao princípio da boa-fé.

Considerável parte da doutrina e da jurisprudência também admite a indenização pela "perda de uma chance". Por esta teoria, se a vítima tiver oportunidade séria e provável de obter determinada vantagem ou evitar alguma perda, e esta for frustrada por ato de terceiro, será possível sua indenização, desde que sua expectativa seja legítima e o ato seja praticado de forma culposa (culpa em sentido amplo) por alguém que possa ser identificado.⁴³⁰

Nessa mesma linha, Luciano Augusto de Toledo Coelho entende que a não contratação motivada por critérios discriminatórios pode gerar a obrigatoriedade de contratar por parte da empresa. Dessa forma, parte dos doutrinadores defende a teoria da perda de uma chance em decorrência da quebra da confiança contratual com relação àqueles candidatos que assumem despesas em face da promessa de emprego que não se realiza.⁴³¹

⁴²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 171.

⁴²⁹ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 190.

⁴³⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 243.

⁴³¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 277.

Contudo, José Affonso Dallegrave Neto⁴³² leciona que:

É importante esclarecer que na aplicação da aplicação da teoria da perda de uma chance não se indeniza o valor integral referente à perda de um pretense resultado favorável, até porque o resultado esperado se baseia numa mera probabilidade de que haveria o ganho. Em verdade, o que se indeniza é a perda da possibilidade (perda da chance) de conseguir aquela determinada vantagem ou resultado.

Essa chance de buscar um resultado satisfatório constitui-se num direito da vítima. Assim, quando o ilícito do agente viola esse direito e quando a probabilidade de êxito em alcançar esse direito verossímil, a indenização do prejuízo se impõe. Eis os dois requisitos: a) ato ilícito que viola o direito de oportunidade da vítima; b) prejuízo verossímil da vítima causado pelo ato ilícito do agente.

Diante do exposto, todas essas teorias justificam a responsabilidade civil pré-contratual, não havendo, portanto, teoria mais adequada para justificar tal indenização, uma vez que todas reforçam a necessidade de agir de acordo com a boa-fé objetiva.

A responsabilização decorrente da fase pré-contratual, além de estar fundamentada nas teorias anteriores, pode ensejar dano moral e patrimonial se forem caracterizadas práticas vexatórias contra o candidato à vaga de emprego. Portanto, o empregador deve se abster de práticas discriminatórias durante a seleção.⁴³³

Contra os abusos utilizados pelo empregador, surge a necessidade de reparar os danos decorrentes dessas práticas.

O art. 5º, X da CF/88 disciplina que, havendo violação à intimidade e à vida privada, é assegurado ao indivíduo a indenização pelo dano material ou moral decorrente da lesão. Dessa maneira, o legislador constituinte não especificou as hipóteses em que ocorreriam tais lesões que justificariam a indenização. Assim, trata-se de direitos amplamente garantidos. Diante disso, é possível que o dano ocorra no ambiente de trabalho ou durante a negociação contratual, de qualquer forma, o trabalhador lesado fará jus à indenização.⁴³⁴

José Affonso Dallegrave Neto⁴³⁵ aponta que o dano material compreende tanto o dano atual como o dano futuro. O primeiro se refere ao dano emergente, apurado através da teoria da diferença entre o patrimônio existente antes da lesão e o que restou após esta; já o segundo se refere ao lucro cessante, apreciado com base num critério de razoabilidade em relação aos fatos.

⁴³² DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 244.

⁴³³ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 264.

⁴³⁴ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 188

⁴³⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, 2014, p. 159-160.

Como os direitos da personalidade compõem o patrimônio moral do indivíduo, possuem relação com valores psicológicos deste que, se violados, são capazes de causar prejuízos de natureza física e moral.⁴³⁶

TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00110826620135010051 RJ (TRT-1)⁴³⁷

Data de publicação: 03/06/2015

Ementa: PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO NA CONTRATAÇÃO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. O alcance da fase pré-admissional levou à geração de expectativa de formação do liame jurídico de emprego e consequente desapontamento e constrangimento por parte da obreira com a sua frustração. Não se ignora que mencionados sentimentos são geradores de desequilíbrio e tormento psíquico, passíveis de atingir a pessoa comum, sobretudo ante a ansiedade de inserção no mercado formal de trabalho. Assim, de forma inescusável, a trabalhadora foi alvo de abalo psicológico, sendo certo que o psiquismo é atributo da personalidade e, como tal, objeto de tutela jurídica. Tinha por certa a iminência da contratação para ocupar o cargo oferecido pela empresa, após os procedimentos de seleção, exame admissional e abertura de conta bancária. Configurado o dano moral, ante a presença da conduta reprovável do ofensor, da lesão e do nexa causal, impõe-se à ré a obrigação de repará-lo mediante o pagamento de indenização.

Referente julgado do Tribunal do Trabalho da 1ª Região retrata a possibilidade de indenização por dano moral por abalos à ordem psíquica do obreiro e também pela iminência de contratação ao criar reais e fundadas expectativas a este.

O acesso aos dados genéticos do candidato à vaga de emprego também lhe podem causar abalos de natureza moral em virtude da divulgação de aspectos referentes a sua personalidade e de sua esfera mais íntima.

Por se tratarem de direitos da personalidade, a intimidade e a vida privada são direitos extrapatrimoniais, ou seja, não possuem valoração econômica, por isso eventual indenização pecuniária serve apenas como paliativo, numa tentativa de compensar o lesado.⁴³⁸

Diante do exposto, o que se observa, via de regra, é que as diversas obras que abordam o problema da discriminação e dos danos morais em relação à fase anterior ao contrato de trabalho não delimitam, exatamente, os pressupostos dessa indenização, ou a forma como ela deve ser reparada em razão da responsabilização da empresa, o que diminui as chances dos trabalhadores ingressarem na justiça trabalhista pleiteando tal reparação.⁴³⁹

⁴³⁶ OLMOS, Cristina Paranhos. O direito à privacidade e a reparação de sua ofensa na relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.35, n.133, jan.-mar./2009, p. 77

⁴³⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00110826620135010051 RJ**. Relator: Jorge Orlando Sereno Ramos. Julgado em 19 de maio de 2015. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195535739/recurso-ordinario-ro-110826620135010051-rj>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴³⁸ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 188

⁴³⁹ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 221.

5.2.2.1 Tutela jurisdicional

Os atestados médicos admissionais exigidos pelo empregador revelam se o sujeito está ou não apto a exercer determinada função. Porém, atualmente, com o conhecimento do genoma e a existência dos exames genéticos, há necessidade de impor limites à requisição desses exames médicos capazes de revelar características da personalidade e intimidade da pessoa. Dessa forma, a intimidade genética e a dignidade da pessoa humana são bens jurídicos que necessitam ser tutelados não só de maneira repressiva, como também preventiva, em razão da ausência de mecanismos de controle e contenção desses dados após sua informação.⁴⁴⁰

No tópico anterior foi visto que, qualquer forma de discriminação ilegítima está veementemente proibida e condenada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Porém, a realidade mostra que há um paradoxo entre o dever ser (norma legal) e o ser (acontecimentos no mundo dos fatos). De tal maneira, não basta que a lei determine sua ilegitimidade, devem ser adotados mecanismos de combate à discriminação, através de políticas afirmativas ou por meio de condutas legais preventivas e repressivas.⁴⁴¹

Em decorrência da ausência de legislação que trate da discriminação genética nas relações de trabalho, deve-se fazer uso de mecanismos constitucionais que proíbam qualquer forma de discriminação como os já citados arts. 3º, 5º e 7º, XXX; XXXI; XXXII. A Constituição Federal, aliada às normas do Código Civil, também protegem a intimidade, por se tratar de um direito fundamental. Há também a Lei n. 9.029/95 que veda a prática de atos discriminatórios nos critérios de admissão do empregado. Caso não haja observância desses preceitos legais ou não seja possível evitar tais práticas de discriminação genética na fase pré-contratual empregatícia, é necessário buscar a tutela jurisdicional adequada para coibir esse problema.

A tutela jurisdicional é a solução dada pelo Estado a determinado conflito jurídico, buscado pelas partes através do processo.⁴⁴²

⁴⁴⁰ NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: Uma cogitação. **Rev. Trib. Reg. Trab.** 3ª Reg. Belo Horizonte, Jul./Dez.99. p. 111

⁴⁴¹ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 256. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

⁴⁴² MONTEIRO, Agnelo Limeira dos Milagres. **Tutela preventiva: Urgência e simetria**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, p, 3.

Com relação às diversas espécies de tutela jurisdicional, diante de tal problema, mister se faz tratar da tutela específica, da tutela preventiva e da tutela ressarcitória.

A tutela específica tem previsão no Art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 497 e 536 do CPC de 2015) e trata-se de obrigação de fazer imposta pelo juiz em face de uma ação indenizatória.

"Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."⁴⁴³

Com a edição da Lei n. 11.232/05, foi inserido o art. 466-B no CPC de 1973, que também privilegia a tutela específica quando descumprida uma obrigação contratual:

"Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."⁴⁴⁴

As normas trazidas se referem a um provimento jurisdicional equivalente ao cumprimento da obrigação. No que se refere à fase pré-contratual trabalhista, a tutela específica seria a contratação do trabalhador que sofreu o dano.

Já a tutela preventiva busca prevenir o ato ilícito e tem previsão legal no art. 461, § 5º do CPC e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 461. [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.⁴⁴⁵

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.⁴⁴⁶

Se estas não forem possíveis, têm-se a tutela ressarcitória ou reparatória como forma de compensar o prejuízo causado, através da indenização pelo equivalente mais perda e danos.

⁴⁴³ BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁴⁴ *Idem*. **Código de Processo Civil: Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ *Idem*. **Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015

Há também disposição expressa no Código Civil que firma o compromisso de concluir o contrato: "Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso."⁴⁴⁷

Pode-se observar que há uma preferência do legislador à tutela específica como meio de reparar o dano causado. Então, após a análise do juiz sobre a observância ao princípio da boa-fé contratual, a existência de discriminação ou se houve lesão aos direitos fundamentais do candidato, pode-se obrigar o empregador a realizar a contratação do mesmo. Caso contrário, será possível a responsabilidade civil pré-contratual. Contudo, é necessário que o juiz observe o desejo da vítima antes de proceder à tutela específica, pois, não sendo esta sua vontade, deverá proceder a tutela ressarcitória.

Então, caso o empregado sofra esse recusa da contratação em virtude da discriminação ilegítima, ele pode adotar medidas judiciais, pleiteando, inclusive, indenizações pelos danos causados.

Leciona Alice Monteiro de Barros⁴⁴⁸ que:

O direito à intimidade do empregado é inviolável, por força de preceito constitucional, logo, a norma se propõe assegurar o máximo de respeito à conduta privada das pessoas, combatendo as práticas discriminatórias. Portanto, caso se comprove que um empregado não foi selecionado em decorrência de um atentado à intimidade, a consequência é a indenização por danos morais ou materiais, a que alude o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. O dano moral poderá ocorrer na fase pré-contratual e contratual, podendo, nesse último caso, provocar ou não a resolução do pacto.

Nesses casos, em que o trabalhador teve recusado a sua contratação em virtude do exame genético ter identificado a possibilidade de ser acometido por algum tipo de enfermidade futura, caracteriza-se discriminação ilegítima, e a reparação do dano causado ao patrimônio moral do trabalhador, que deverá ser feito conforme visto nos tópicos 2.2.2 e 3.3.1, será de competência da Justiça do Trabalho.⁴⁴⁹

Nesse sentido, o professor Manoel Jorge e Silva Neto leciona que se trata de competência da Justiça do Trabalho, pois o fato causou um impedimento ao trabalhador referente à realização do contrato de trabalho, que se tornaria uma relação empregatícia.⁴⁵⁰ Luciano Coelho confirma o entendimento ao dispor que é competência da Justiça do Trabalho as demandas

⁴⁴⁷ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p. 168-169

⁴⁴⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009, p. 244

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 245.

referentes à violação de direitos nas fases anteriores ao contrato de trabalho. Isso se deu em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004 que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho ao abranger toda "relação de trabalho" e não somente as relações empregatícias no inciso I do art. 114 da Constituição Federal.⁴⁵¹

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios"⁴⁵²

Dessa forma, eventual indenização por danos morais deve reconfortar o tutelado, recompensando-o pelo prejuízo causado, fazendo com que o empregador se sinta prejudicado economicamente, desestimulando e evitando novas práticas.⁴⁵³

Conclui-se então que as questões relacionadas à discriminação genética por parte do empregador e a fase anterior ao contrato de emprego carecem de disciplina legal e necessitam de maior tratamento por parte da doutrina e jurisprudência trabalhista. Por conta disso, é notório o papel do Judiciário na adoção de medidas pedagógicas, sancionatórias e reparatórias para impedir a ocorrência de outras ofensas na fase pré-contratual.⁴⁵⁴

5.2.2.2 *Quantum* indenizatório

A reparação do dano é produto da responsabilidade civil. Trata-se de uma sanção que é imposta ao causador do dano, devendo este ressarcir o lesado, sendo fixada uma quantia compensatória em seu favor, ainda que não seja possível retornar o seu *status quo ante*.⁴⁵⁵

O dano material, devido a sua própria natureza, é passível de reparação integral, ao passo que o dano moral não tem como ser reparado, somente compensado.⁴⁵⁶

Conforme Súmula n. 37 do STJ, esses danos podem ser cumulados:⁴⁵⁷ "São Cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

⁴⁵¹ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007, p. 278-279.

⁴⁵² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁵³ OLMOS, Cristina Paranhos. O direito à privacidade e a reparação de sua ofensa na relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.35, n.133, jan.-mar./2009, p. 84

⁴⁵⁴ OLMOS, Cristina Paranhos. *Op. cit.* 2009, p. 83.

⁴⁵⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 43.

⁴⁵⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 159.

Porém, o problema diz respeito à quantificação do prejuízo causado à vítima. Em relação ao dano material, é possível sua quantificação com base na teoria da diferença, uma vez que se trata de bens suscetíveis de valoração econômica. Já, na indenização pela perda de uma chance, esta não abrange todo o prejuízo causado, mas somente o fato de ter perdido a oportunidade. Sendo assim, o dano será arbitrado pelo juiz, conforme o disposto no art. 475-C, II, do CPC de 1973 (atual art. 509, I do CPC de 2015).⁴⁵⁸

Para Cristina Paranhos Olmos⁴⁵⁹, o juiz, ao arbitrar a indenização, deverá levar em consideração a repercussão social do dano e a condição econômica das partes.

Nessa mesma linha, Rodolfo Pamplona Filho⁴⁶⁰ entende que para isso, o magistrado deve se valer de sua consciência e da noção aristotélica de equidade, ou de parâmetros indicados pelas partes.

José Affonso Dallegrave Neto⁴⁶¹ complementa que a indenização pelo dano moral na relação trabalhista, para se tornar efetiva, deve funcionar como uma recompensa econômica para o lesado, bem como uma sanção para vítima, desestimulando-a de cometer novas práticas.

Continua o referido autor:⁴⁶²

A legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente. Não se ignore que a natureza da indenização do dano moral não é a de reparar (consertar) o prejuízo, sendo isso possível apenas em relação aos danos materiais. Deveras, a natureza jurídica da indenização do dano moral é sempre compensar financeiramente (recompensar) a vítima do dano moral.

[...]

Conforme preceitua o art. 946 do CC, combinado com o art. 475-C, II, do CPC, o juiz deve arbitrar o valor da condenação por dano moral.

No que se refere à quantificação por dano moral, quando o empregador viola o direito à intimidade e à vida privada do candidato à vaga de emprego, utilizava-se como referência a fórmula proposta por Galeno Lacerda⁴⁶³, durante a vigência do Código Civil de 1916, em parecer sobre o tema:

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁵⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 246.

⁴⁵⁹ OLMOS, Cristina Paranhos. O direito à privacidade e a reparação de sua ofensa na relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.35, n.133, jan.-mar./2009, p. 85.

⁴⁶⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 178.

⁴⁶¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, p. 186.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 185

⁴⁶³ BRASIL. **Parecer**. Indenização do dano moral. Elaborado por Galeno Lacerda. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6938-6937-1-PB.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Importa, pois, expressar em valores o paradigma indenizatório do Código Civil para o caso de exclusivo dano moral, para compara-lo, mais adiante, à hipótese ora sob consulta. E se inicia pela transcrição do art. 1.547:

Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor" o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

A norma remete ao direito penal, onde o tema da quantificação, por óbvio, preocupou muito antes - e muito mais - os juristas. As últimas reformas do Código Penal, especialmente a da Lei 7.209/84, trouxeram considerável avanço relativamente a este ponto, da quantificação, ajustando o valor da multa à capacidade econômica do réu. Para tanto, a busca do quantum passou a ser uma operação genérica (daí a previsão dela na parte geral do CP), superando a previsão particularizada de valores para cada um dos tipos penais tradicionalmente utilizada no direito criminal brasileiro.

Então, o máximo da pena de multa que, em tese, poder-se-á, no sistema atual do CP, atribuir a qualquer delito, inclusive calúnia ou injúria, paradigma da lei civil (art. 1.547) é de 5.400 salários mínimos, valor que se obtém seguindo o roteiro legal, senão vejamos:

O art. 49 do CP diz que a multa máxima corresponderá a 360 dias-multa. E o valor máximo do dia-multa, diz o § 1.º, daquele artigo, é cinco salários mínimos. Então, $360 \times 5 = 1.800$ salários mínimos.

Mas o art. 60, § 1.º do mesmo CP salienta que "a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo".

Então, a multa máxima do Código Penal para qualquer delito, inclusive a injúria e a calúnia, repita-se, é 5.400 salários mínimos.

E como o art. 1.547, parágrafo único, do Código Civil, prevê o dobro da pena pecuniária criminal, chega-se a um total máximo, no cível, de 10.800 salários mínimos.

Vale dizer, em se tratando de um réu muito rico, que cometa o delito de calúnia ou injúria contra alguém, poder-se-á chegar, mediante simples aplicação do roteiro da lei, a uma indenização pelo dano moral de até 10.800 salários mínimos.

Porém, tal dispositivo foi modificado no Código Civil de 2002, ao dispor:⁴⁶⁴

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Dessa forma, resta ao magistrado utilizar por analogia outras previsões legais que lhe dê critérios de quantificação de indenização por danos morais, como por exemplo, o art. 53 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), que prevê:⁴⁶⁵

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

⁴⁶⁴ BRASIL. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

⁴⁶⁵ *Idem*. **Lei 5.250**, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

No que diz respeito à discriminação genética e por ser a intimidade um dos direitos da personalidade, o modo para se quantificar tal indenização por danos morais também deve buscar semelhantes meios de determinação.

Diante do exposto, todos esses critérios possibilitam ao Juiz do Trabalho formas de arbitrar eventual compensação pecuniária que seja mais próxima do ideal de justiça no caso concreto em razão do dano moral. Na prática, o autor também poderá indicar em sua petição inicial critérios que ajudem o magistrado na quantificação do dano moral, indicando uma quantia que considere razoável pelo dano sofrido, justificando tais valores.⁴⁶⁶

5.2.2.3 Problema da questão probatória na discriminação genética

A produção de provas no processo tem por objetivo formar o convencimento do juiz acerca dos fatos controversos objeto da lide.

Nas relações trabalhistas, a tutela jurídica à intimidade na fase pré-contratual resta prejudicada, pois, em juízo, o empregador pode negar os fatos e existência de lesão como também poderá apresentar outro motivo, baseando-se no seu poder diretivo e no livre direito de contratar, para justificar a não admissão do candidato à vaga de emprego. Sendo assim, provar o fato constitutivo do direito do autor seria quase impossível.⁴⁶⁷

Apesar dos diversos dispositivos legais que buscam abolir a discriminação, ainda é prática comum nas relações empregatícias, porém, trata-se ainda de um problema bastante difícil de ser resolvido por via judicial, pois ela se dá de modo disfarçado. No Direito do Trabalho é ainda mais difícil, em razão do caráter de direito potestativo da admissão e da despedida, as quais não precisam ser motivadas, ou seja, o empregador não precisa informar o motivo da dispensa e ainda que precisasse, daria outra justificativa para a não contratação.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 198.

⁴⁶⁷ SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000, p. 187-188.

⁴⁶⁸ MALLETT, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. p. 262-263. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

Sendo assim, para Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁶⁹, todas as hipóteses de discriminação nas relações trabalhistas, são capazes de ensejar a inversão do ônus da prova para que o empregador justifique o motivo de tal dispensa em virtude da condição de hipossuficiente do trabalhador. Alice Monteiro de Barros também sustenta a necessidade de tal inversão.

Conforme visto no tópico 4.1, a responsabilidade civil pré-contratual é do tipo contratual. Sendo assim, para José Affonso Dallegrave Neto⁴⁷⁰, o ônus probatório irá variar conforme o tipo de obrigação. Em se tratando de obrigação de resultado, haverá culpa presumida do agente, estando a vítima dispensada da produção de tal prova; já, quando se tratar de uma obrigação de meio, num primeiro momento, a vítima deverá fazer prova do ato culposos.

Então, se o dano pré-contratual decorrer de frustração, sem justo motivo, de alguma promessa de emprego baseada na boa-fé, estaria caracterizado o não cumprimento de uma obrigação de resultado, sendo o ônus da prova do empregador, em decorrência da culpa *in contrahendo*. Já se o dano pré-contratual for de ordem moral em razão do abuso de procedimento, que violou algum direito personalíssimo da vítima, *a priori*, o ônus da prova será da vítima, pois inexistente presunção de culpa no descumprimento da obrigação de meio. Entretanto, devido à posição de inferioridade do sujeito que concorre à determinada vaga de emprego e em decorrência do princípio da aptidão de produção probatória, deve o empregador esclarecer perante juízo, os motivos ou justificativas que o levaram a tal conduta.⁴⁷¹

Ocorre também que como a indenização pelo dano moral busca a compensação financeira do lesado bem como a punição patrimonial do empregador e o valor é arbitrado pelo magistrado, não é necessária realizar prova do prejuízo concreto, devendo este ser presumido em razão da violação à personalidade do indivíduo.⁴⁷²

Sendo assim, para que o magistrado forme seu convencimento sobre a existência do dano moral, o reclamante deverá mostrar indícios que possibilitem e configurem a presunção de se tratar de algo que acontece, o que não perde sua natureza instrutória. Então, o autor não precisa arrolar testemunhas que comprovem a sua angústia e sofrimento, pois o dano moral é lesão aos direitos da personalidade da pessoa. Portanto, basta que se leve à juízo a

⁴⁶⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2011, p. 53-54

⁴⁷⁰ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 102

⁴⁷¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Op. cit.*, 2014, p. 147-148.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 158.

comprovação do ato ilícito praticado pelo empregador, o nexo de causalidade com o dano, mostrando fundamentadamente de que forma foi violado o direito da personalidade.⁴⁷³

Diante do exposto, José Affonso Dallegrave Neto⁴⁷⁴ conclui que a distribuição do ônus da prova se torna dinâmica em razão de cada caso concreto, invertendo-se a partir da constatação de algum desses elementos:

[...] a identificação de um sujeito hipossuficiente ou contratualmente vulnerável; a verossimilhança das alegações; a natureza jurídica do direito postulado como proeminente e fundamental; as presunções *hominis* e a aptidão da parte para a produção de determinada prova documental.

Então, com base nesses critérios objetivos, o juiz deverá inverter o ônus da prova com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais da vítima e a eficácia do processo.⁴⁷⁵

Diante disso, torna-se necessário tal inversão, pois, normalmente, os elementos essenciais para fazerem provas dos fatos constitutivos do direito reclamante estão sob o poder do empregador e a exigência da correta aplicação do ônus da prova, nesses casos, só inviabilizaria o direito de acesso ao judiciário do autor, parte hipossuficiente da relação.

⁴⁷³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002, p. 171

⁴⁷⁴ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 100.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 100-101

6 CONCLUSÃO

O referido trabalho buscou esclarecer a controvérsia dos exames genéticos como forma de discriminação ao trabalhador na fase que antecede o contrato de emprego, prática ainda incomum na realidade pátria, mas já evidenciada em outros países. Diante de todo o exposto e partir da análise do referido problema, conclui-se que:

I) A responsabilidade civil decorre do dever geral de não lesar (*neminem laedere*) e busca a reparação dos danos caso haja lesão ou prejuízo a direitos alheios, que decorrem de um dever geral ou de uma obrigação assumida pelas partes. Tem a função de reparar ou compensar o patrimônio material ou moral do indivíduo que sofreu a lesão. Para que seja caracterizada, deve decorrer de uma conduta humana danosa e consciente, não sendo esta confundida com a intenção de causar o dano, como também deve haver um nexo de causalidade entre tais elementos.

II) O dano patrimonial ocorre quando os bens lesionados possuem valoração econômica, ao passo que o dano moral se configura através da violação dos direitos da personalidade. A indenização pelo dano patrimonial será feita através do dano emergente, dos lucros cessantes como também pela perda de uma chance, teoria esta que mitiga um pouco o nexo de causalidade, mas de grande aceitação no nosso ordenamento, desde que se trate de uma oportunidade plausível.

III) Que hoje vige no Brasil tanto a responsabilidade objetiva como a subjetiva, sendo esta a regra geral do ordenamento, enquanto àquela se aplica a hipóteses específicas.

IV) A comprovação da culpa na conduta danosa só é exigida quando se trata de hipótese de responsabilidade civil subjetiva, diante disso, deve ser comprovada para que haja responsabilização do agente. Sua importância para fase pré-contratual diz respeito à chamada culpa *in contrahendo*, decorrente da negativa injustificada do agente em celebrar contrato quase firmado, violando as regras da boa-fé objetiva.

V) A responsabilidade civil pode ser do tipo contratual, quando o dano decorre da violação de um contrato, ou do tipo extracontratual, decorrente de uma obrigação imposta pela lei. Se decorrer da violação de um contrato, cabe à vítima comprovar o não cumprimento da obrigação, enquanto a outra parte deverá provar que não agiu culposamente. Decorrendo da violação de uma obrigação imposta pela lei, o ônus da prova será da vítima.

VI) A responsabilidade civil pré-contratual tem fundamento no descumprimento dos deveres gerais de conduta da boa-fé objetiva, sendo assim tanto os danos materiais como os danos morais ocasionados pela recusa injustificada de contratar devem ser indenizados, desde que seja observado se o contratante tinha condições para isso, tratando-se de responsabilidade subjetiva.

VII) O abuso de direito, o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque* são institutos que também decorrem da inobservância do princípio da boa-fé objetiva e que se fazem presentes na fase pré-contratual, logo, também ocasionam o dever de reparação quando caracterizados.

VIII) A liberdade científica, apesar de se tratar de um direito fundamental, não é absoluto pois encontra limites quando deparada com outros direitos fundamentais do cidadão. Dessa forma, a bioética e o biodireito possuem importante papel na proteção dos direitos da pessoa humana, pois delimitam a atuação de médicos, pesquisadores e cientistas com relação aos dados genéticos. Da mesma forma, têm-se importantes Declarações Internacionais que asseguram os direitos humanos de tais práticas e que servirão como base jurídica para criação de leis nacionais a respeito das informações genéticas.

IX) Os testes genéticos possibilitam o conhecimento de genes responsáveis por características violentas e criminosas, possíveis enfermidades que o indivíduo poderá desenvolver, bem como sua habilidade e inteligência para desenvolver determinadas atividades. Então, o uso irrestrito e desarrazoado de tais exames propicia e facilita a discriminação genética do sujeito, violam sua intimidade e interferem na sua vida privada.

X) Os direitos fundamentais e os direitos da personalidade protegem atributos da personalidade humana nos diversos planos das relações sociais e privadas, pois possuem conteúdos semelhantes e buscam assegurar a dignidade da pessoa humana, pilar de defesa para os direitos individuais e base para qualquer interpretação, inclusive referente às questões que envolvem a biologia e medicina.

XI) Em especial, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, portanto, não dependem de previsão legal para que sejam protegidos e, se violados, possibilitam ao ofendido a compensação pelos danos morais. Tal compensação será através de indenização pecuniária, a ser arbitrada pelo juiz de acordo com a gravidade do dano.

XII) A intimidade e a vida privada são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e que devem ter seu acesso protegido contra terceiros, para isso possuem eficácia plena. A primeira está voltada para uma esfera interior e reservada do indivíduo, compreendendo suas

características, segredos e intimidades. Já a segunda é voltada para a esfera exterior do sujeito e suas convivências sociais e familiares.

XIII) A intimidade também se caracteriza como um dos direitos da personalidade e a indenização por danos morais constitui uma maneira de assegurar tal direito. Dessa forma, a proteção à intimidade genética também tem amparo constitucional e está inserida no rol dos direitos da personalidade, gozando de forte amparo jurídico.

XIV) Ao indivíduo é assegurado o direito de não realizar exames que possibilitem o conhecimento do seu genoma. Caso aceite deverá dar seu consentimento livre e esclarecido para que haja qualquer forma de intervenção genética, sendo que os resultados desses exames, por guardarem características pessoais do sujeito, também só devem chegar ao conhecimento de terceiros se houver consentimento do seu titular. O indivíduo também deve ter conhecimento do procedimento que será realizado e o profissional médico deverá resguardar sua intimidade, mantendo o seu dever de sigilo sobre essas informações. Por fim, também deve ser assegurado o direito de não saber da pessoa sobre o resultado de sua carga genética.

XV) A discriminação pré-contratual é frequente na esfera trabalhista e a exclusão decorre de critérios diversos, tais como gênero, religião, cor, estado civil, aparência física e caracteres genéticos. A utilização de tais exames no âmbito laboral contribui para práticas de seleção discriminatórias em razão das características genéticas do candidato à vaga de emprego e a validade do consentimento livre e esclarecido do trabalhador nessa relação resta prejudicada em virtude da desigualdade jurídica. Contudo, o poder diretivo do empregador não é absoluto, pois encontra limites nas garantias e proteção aos direitos fundamentais do indivíduo.

XVI) A recusa injustificada de contratação na fase pré-contratual trabalhista também enseja responsabilidade civil do empregador pela inobservância do princípio da boa-fé. Dessa forma, a responsabilidade civil pré-contratual tem natureza jurídica de responsabilidade contratual, pois já é possível constatar a formação de um negócio jurídico marcado pelos deveres gerais da boa-fé negocial. Contudo trata-se de hipótese de responsabilidade civil contratual subjetiva, pois prescinde a chamada culpa *in contrahendo*.

XVII) O contrato de emprego se trata de um contrato de adesão em decorrência da desigualdade existente nessa relação, onde o candidato à vaga de emprego se submete às imposições do pré-contrato diante da premente necessidade de conseguir um emprego. A recusa do empregador na contratação em virtude de discriminação genética configura um

abuso de direito, e essa conduta é contrária à boa-fé, moral, bons costumes e aos fins sociais e econômicos do contrato de emprego, portanto, há o dever de indenizar os danos causados.

XVIII) O trabalhador deverá receber a indenização pelas despesas que foram realizadas (dano emergente) e por aquilo que ele perdeu ou que deixou de ganhar (lucro cessante), em razão da perda de uma chance.

XIX) É absolutamente possível a responsabilidade civil pré-contratual na seara trabalhista por diversos motivos, quais sejam a ofensa a direitos fundamentais do candidato a emprego, pelo rompimento das tratativas e a recusa injustificada de contratação, como também pela violação dos deveres oriundos da cláusula geral da boa-fé objetiva.

XX) O empregador somente deve buscar informações e adotar procedimentos de seleção que tenham pertinência e correlação lógica com as atividades a serem desenvolvidas pelo candidato à vaga de emprego, pois os demais aspectos que se referem à intimidade e vida privada do trabalhador podem ser utilizados de forma discriminatória, o que afronta diretamente os direitos da personalidade do entrevistado, assim como a dignidade da pessoa humana e os princípios da boa-fé e não discriminação ou igualdade.

XXI) Os exames médicos admissionais são obrigatórios, porém, a exigência de testes de gravidez à mulher; exame *antidoping*; testes para HIV; e exames que tenham como objetivo analisar o código genético violam o direito à intimidade do trabalhador e, conseqüentemente, o princípio da igualdade, pois tais hipóteses são capazes de gerar discriminação, ferindo a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o empregador tem o dever de informar os tipos de exames médicos que serão realizados para que o trabalhador avalie se fará ou não o procedimento a depender da informação que se deseja obter e a imposição desses exames será considerado prática abusiva.

XXII) Os direitos fundamentais também devem regular as relações privadas, impondo limites à autonomia da vontade e fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana nessas relações. Tais direitos, como o da não discriminação, incidem na fase pré-contratual, restringindo também a autonomia do empregador, garantindo a proteção dos direitos da personalidade do candidato à vaga de emprego até depois de contratado.

XXIII) Não há legislação trabalhista específica que proteja a intimidade do empregado ou que proíba a exigência de exames genéticos pelo empregador como forma de admissão do empregado. Contudo, há declarações internacionais, normas constitucionais e outros

dispositivos legais que buscam coibir a discriminação nas relações trabalhistas, e que devem ser aplicados por analogia para evitar casos de discriminação genética.

XXIV) A discriminação vedada pelo ordenamento trata-se de uma discriminação ilegítima, logo, é possível adotar critérios de distinção desde que sejam fundamentados e guardem estrita relação com a função a ser exercida. Então, a discriminação genética é lícita quando for constatado que a função exercida pelo empregado é capaz de agravar sua propensão genética a desenvolver determinada doença. Porém, a partir dessas informações, ao invés da empresa não admitir o empregado, deverá adotar meios para salvaguardar a saúde e a vida desse sujeito.

XXV) Caso não haja observância dos preceitos legais que vedam a prática da discriminação genética na fase pré-contratual empregatícia, a intimidade genética e a dignidade da pessoa humana necessitam da tutela jurisdicional adequada, seja ela a tutela específica, ou repressiva, como também preventiva, pois se tratam de bens jurídicos de extrema importância para a vida do sujeito.

XXVI) A competência para julgar os casos oriundos de discriminação genética na fase pré-contratual trabalhista é da Justiça do Trabalho uma vez que a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a competência material desta para resolver toda "relação de trabalho" e não somente as relações empregatícias, sendo então responsável pelas demandas referentes à violação de direitos nas fases anteriores ao contrato de trabalho.

XXVII) O empregador se responsabiliza pela discriminação genética ocorrida na fase pré-contratual de diversas formas. Tal responsabilização tem fundamento na teoria do abuso de direito; bem como nas teorias da perda de uma chance; da culpa *in contrahendo* e no princípio da boa-fé objetiva. Com base nelas é possível a indenização pelos danos patrimoniais com os gastos que foram realizados pelo trabalhador visando a contratação (dano emergente) como pelo que ele razoavelmente deixou de ganhar pela oportunidade perdida (lucro cessante) sem prejuízo da indenização pelos danos morais em virtude da lesão aos direitos que compõe a esfera subjetiva do indivíduo.

XXVIII) Ainda que não seja possível recompensar totalmente o patrimônio moral do lesado, deve haver a reparação dos danos materiais, assim como a compensação dos danos extrapatrimoniais. Para isto, utilizam-se diferentes critérios de quantificação desses danos. O dano material será quantificado com base na teoria da diferença entre o patrimônio anterior do sujeito e o posterior ao dano. Já o dano moral não possui forma definida para sua

quantificação, devendo o magistrado utilizar por analogia outras previsões legais que lhe deem embasamento para sua valoração, se valendo de sua consciência e da noção aristotélica de equidade, ou de parâmetros indicados pelas partes. Dessa forma, para se tornar efetiva, deve funcionar como uma recompensa econômica para o lesado, bem como uma sanção para vítima, desestimulando-a de cometer novas práticas.

XXIX) A produção de provas no processo tem por objetivo formar o convencimento do juiz acerca dos fatos controversos objeto da lide. Então, buscando a tutela jurídica da intimidade na fase pré-contratual trabalhista, deve o magistrado determinar a inversão do ônus, pois provar o fato constitutivo do direito do autor seria quase impossível já que o empregador poderia alegar diversos outros motivos. Dessa forma, basta que o trabalhador apresente indícios que possibilitem e configurem essa presunção e o empregador deve justificar os motivos que levaram a não admissão do candidato à vaga de emprego. Logo, deverá haver a inversão do ônus da prova com o objetivo de salvaguardar os direitos fundamentais da vítima e a eficácia do processo.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v. 1, jul./ago. 2004.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em:

<http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe&groupId=10136>. Acesso em: 22 jul. 2015.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v.45 jan./mar. 2011.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá; SCARIOT, Tatiane Botura. Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: Problemas e Soluções. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 6, n. 1, 2006.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A identidade genética do ser humano Bioconstituição: Bioética e direito. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Direitos civis e políticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 2, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

_____. Direito à intimidade do trabalhador. **Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba: Genesis, n. 67, jul.1998.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: De acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito da personalidade à intimidade**. Disponível em:

<<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BERTUCCI, Sidney; et al. **Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos no uso de exames de D.N.A. na seleção de candidatos a empregos no Brasil**. Disponível em: <[http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20\(2\).pdf](http://agusvinnus.prodiversitas.org/investigacion/umsa/I-7-Producto%20(2).pdf)>. Acesso em: 22 out. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Direitos da personalidade e dignidade: Da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

_____. **Código de Processo Civil: Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. **Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015

_____. **Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 mar. 2015.

_____. **Consolidação das leis do trabalho**: decreto-lei nº 5.452, de 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. **Lei de Imprensa: Lei n. 5.250**, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. **Lei 7.102**, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF, 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 686**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. **Enunciado 25 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Enunciado 1 da 1º Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.** Disponível em: <

http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/enunciados_jornadaTST.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. **Parecer.** Indenização do dano moral. Elaborado por Galeno Lacerda. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6938-6937-1-PB.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00734201001403005 0000734-51.2010.5.03.0014.** Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno. Julgado em 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124318318/recurso-ordinario-trabalhista-ro-734201001403005-0000734-5120105030014>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00014202620135010521 RJ.** Relator: Rogério Lucas Martins. Julgado em 27 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137942370/recurso-ordinario-ro-14202620135010521-rj>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA : RO 00110826620135010051 RJ.** Relator: Jorge Orlando Sereno Ramos. Julgado em 19 de maio de 2015. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195535739/recurso-ordinario-ro-110826620135010051-rj>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RecOrd 00014627120115050121 BA 0001462-71.2011.5.05.0121.** Relator: Luíza Lomba. Julgado em 05 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159713114/recurso-ordinario-record-14627120115050121-ba-0001462-7120115050121>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **RecOrd 00012176120135050195 BA 0001217-61.2013.5.05.0195.** Relator: Luíza Lomba. Julgado em 03 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158328463/recurso-ordinario-record-12176120135050195-ba-0001217-6120135050195>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL : REsp 1025104 RS 2008/0010959-2.** Relator(a): Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 27 de abril de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272792/recurso-especial-resp-1025104-rs-2008-0010959-2>>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RECURSO DE REVISTA : RR 22938220125180102.** Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153991793/recurso-de-revista-rr-22938220125180102>>. Acesso em: 01 set. 2015

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 1107007720135130009**. Relator(a): Vania Maria da Rocha Abensur. Brasília, DF, 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/140544512/recurso-de-revista-rr-1107007720135130009>>. Acesso em: 01 set. 2015

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPIBERIBE, Denise de Araújo. **O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do novo Código Civil**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_117.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2015.

CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Testes psicológicos e o direito - uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a11v16n2>>. Acesso em 22 jul. 2015.

_____. A pré-contratualidade na relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R, a. 32, n. 58, jan./jul. 2007.

DAL LAGO, Camila; VECCHI, Ipojucan Demétrius. A aplicação do direito à intimidade na relação de emprego. **Justiça do direito**, v. 24, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2147/1387>>. Acesso em: 12 out. 2015.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil pré e pós-contratual no direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: Rev. TRT 9ª R. a. 29, n. 53, jul./ dez. 2004.

_____. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

DARWIN, Charles. A Origem das espécies. Trad. Joaquim da Mesquita Paul. Porto: Lello & Irmão., 2003, p. 145-146. Disponível em: <<http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro v. 7**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado X direito de propriedade e poder diretivo do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, a. 28, n. 105, jan./mar. 2002.

DUARTE, Juliana Bracks; KLÔH, Talita Cecília Souza. O perigo da seleção de pessoal que envolve a verificação de SPC, SERASA e FAC dos candidatos. **Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, a. 23, n.271, jul. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade Civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. **Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. ano 58. nº 397. nov. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil 3 Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FRAGA, Ivana de Oliveira. Violação à identidade, intimidade e ineditismo genéticos como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. nº 20, ano 2010.1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. v. 3. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; WUNSCH FILHO, Victor. Genética, biologia molecular e ética: as relações trabalho e saúde. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n.7, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Rev.Trib., ano 94, v. 837, jul. 2005.

HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. Direito à intimidade genética: Um contributo ao estudo dos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, 2006. Disponível em:
<<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/320/179>>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. **Genoma Humano: Eugenia e discriminação genética**. Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edição 70, 2007, p. 77-78. Disponível em: < <http://charlezine.com.br/wp->

content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2015.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.7, jul. 2001.

LIMA NETTO, Francisco Vieira. **O direito de não sofrer discriminação genética uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008

LOCH, Fernanda de Azambuja. Testes genéticos preditivos: Uma reflexão bioético jurídica. **Revista de Bioética y Derecho**, núm. 30, enero 2014. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5388793051437075865.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, a. 65, n.1, jan. 2001.

MALLET, Estêvão. Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67804-89235-1-pb.pdf>>. Acesso em: 02. set. 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MEIRELLES, Ana Thereza. Liberdade reprodutiva e práticas eugênicas: Parâmetros éticos e normativos para a tutela do patrimônio genético humano. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

_____. Práticas Eugênicas e limites aos direitos reprodutivos em face da proteção ao patrimônio genético. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 14. Porto Alegre: Síntese, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Agnelo Limeira dos Milagres. **Tutela preventiva: Urgência e simetria**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria de Leal de. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASSIF, Elaine Noronha. Genética e discriminação no trabalho: Uma cogitação. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.** Belo Horizonte, Jul./Dez.99.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade**: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NavesBT_1.pdf>. Acesso em: 03 set. 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLMOS, Cristina Paranhos. O direito à privacidade e a reparação de sua ofensa na relação de emprego. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.35, n.133, jan.-mar./2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2002.

PROJETO GHENTE. **Documentos Jurídicos**. Disponível em: <http://ghente.org/doc_juridicos/index.htm>. Acesso em: 04 set. 2015.

REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, dano e responsabilidade: estudo da relação. **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. v. 5. Salvador: Faculdade de Baiana de Direito, 2013.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2ª ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Civil Pré-Contratual**. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SAMPAIO, José Adérico Leite. **Testes genéticos, AIDS e o direito à intimidade do candidato a um emprego**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1135>> . Acesso em: 26 out. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. São Paulo: LTr, 2002, p. 125-127

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In*: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008

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

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Direitos da personalidade**. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013..

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, n. 133, jan.-mar./2009.

_____. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2011.

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

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direitos Fundamentais: Reflexões e perspectivas**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

STOCCO, Adrielle Rodrigues; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Intervenções genéticas em seres humanos e a discriminação genética: aspectos éticos e jurídicos. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**. Umuarama. v. 12, n. 1, jan./jun. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. **Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister, v. 27 nov./dez. 2008.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WANDERLEY, Maria do Perpetuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009**. p. 110. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13637/006_wanderley.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22. jul. 2015.