

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irredutível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

PROJETO GENOMA HUMANO COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

GENOME PROJECT AS HUMAN FORMS OF DISCRIMINATION IN THE LABOUR MARKET.

Roselia Furman Carneiro da Silva ¹
Cláudia Cristina Pereira ²

Resumo

A genética vem ganhando espaço no mercado de trabalho, no entanto a realidade não demonstra, que essa prática, vem sendo realizada. Na busca desenfreada pelos melhores postos, assim como na busca por profissionais com vasta qualificação profissional, a possibilidade de utilizar conhecimento genético para seleção dos melhores ganhou espaço e está sendo praticada com mais frequência. Assim como outras formas de discriminação, a eugenia é vista, como uma forma de selecionar os profissionais que não apresentem traços genéticos que indiquem a possível incidência de determinados males.

Palavras-chave: Eugenia, Discriminação, Mercado de trabalho

Abstract/Resumen/Résumé

The genetics has been gaining ground in the labor market, but the reality does not demonstrate that this practice has been carried out. In the frantic search for better jobs, as well as in the search for professionals with extensive professional training, the possibility of using genetic knowledge to select the best gained ground and is being practiced more often. Like other forms of discrimination, eugenics is seen as a way of selecting professionals who do not have genetic traits that indicate the possible impact of certain ailments.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Eugenics, Discrimination, Labor market

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, Unicuritiba. Bacharel em Direito. Historiadora. Especialista em Administração

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, Unicuritiba. Desembargadora do TRT 9ª Região.

INTRODUÇÃO

O mercado de trabalho, tendo em vista a quantidade disponível de pessoas dispostas a laborar, cada vez mais, exige perfeita adequação do trabalhador às empresas. Contudo, as exigências atuais vão muito além das puramente profissionais e medidas com base na experiência profissional.

Antigamente a educação superior, por exemplo, era suficiente para garantir ao candidato um bom emprego e com remuneração superior. (ROSA, 2013) O currículo repleto de cursos, boas referências, indicavam um bom profissional, bastando uma simples entrevista para a ocorrência da contratação.

As mudanças nas exigências acompanham as próprias alterações sociais. Dá mesma forma que a maior oferta de cursos de extensão impulsionam as exigências do mercado, novas tecnologias fazem o mesmo. Contudo, a ciência aplicada nem sempre guarda relação com a atividade a ser desenvolvida.

A busca por compreender o ser humano, considerando a sua constituição física, assim como o que determina os diferentes traços de personalidade, levaram aos cientistas ao que foi chamado de Projeto **Genoma Humano**. Assim, o estudo responsável por determinar as características de cada pessoa, foi concluído na última década.

As descobertas permitiram aos cientistas compreender algumas doenças, prevenir outras, além de fornecer a possibilidade determinar algumas características para embriões. O mapeamento genético consegue apontar se o indivíduo tem o gene de uma doença específica, mas também tem a capacidade de identificar traços de personalidade que, teoricamente, aquele ser irá desenvolver.

Aparentemente não há relação entre o mercado de trabalho e a genética, mas a realidade mostra algo diferente. Na competição pelos melhores postos, com a busca por profissionais altamente capacitados, a possibilidade de utilizar conhecimento genético para seleção dos melhores se fez presente.

Como outras formas de discriminação, a eugenia se posta como forma de angariar apenas aquelas pessoas que não apresentem genética que indica a possível incidência de determinados males, mas também de evitar aqueles que possam ter alguma característica de personalidade não desejada pela empresa. Contudo, é preciso pensar a validade desta prática, tendo em vista o direito ao exercício da atividade laboral, assim como nas próprias garantias de que essa aferição genética se torne fato consumado no indivíduo.

Neste ensejo, requer-se do Direito a capacidade de definir os limites para essas medidas, assim como de proteger o elemento mais fraco, o trabalhador. Entrementes, através do estudo da Constituição Federal e dos Direitos Humanos, compreende-se que a proteção também vai além do âmbito trabalhista, sendo que as utilizações de informações genéticas adentram nos direitos personalíssimos de cada ser.

Embora não seja uma área com grandes investigações, tendo em vista ainda se tratar o mapeamento genético um exame caro, é de elevada importância determinar suas limitações desde já, a fim de manter a sociedade protegida de violações de seus direitos.

2. AVANÇOS TECNOLÓGICOS – GENÉTICA – GENOMA HUMANO

O avanço da medicina, nas últimas décadas, é avassalador. A busca pela cura de doenças, da compreensão do ser humano através das suas menores partes, com o auxílio do desenvolvimento tecnológico da genética, ocasiona descobertas quase diárias.

Se em 1888 houve a descoberta, através dos estudos de Wadeyer, da existência do DNA, apenas em 1943 foi provada a ligação deste ácido com a mutação genética, e apenas após dez anos foi possível descobrir totalmente sua estrutura, através das pesquisas realizadas por James D. Watson e Francis H. C. Crick.

Os estudos demonstraram a importância de compreender a sequência genética, tendo por consequência a criação do programa de Genoma Humano.

Em 1988, com o intuito de aprofundamento das pesquisas criou-se a organização conhecida como HUGO (*Human Genome Organization*), sob a direção inicial de James Watson, e contando com a participação de pesquisadores de diversos países. Esse período também é marcado pelo crescente interesse dos países em realizar a pesquisa internamente, ganhando espaço, além dos Estados Unidos, no Japão, no Canadá, na Grã-Bretanha, na Alemanha, na França e na Itália. Todavia, oficialmente, o Projeto Genoma Humano (PGH) teve início em 1990, com a participação inicial de Canadá, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália e Japão. Aos poucos, mais de 50 Estados ingressaram no Projeto, inclusive o Brasil¹.

Por outro lado, em 2003, foi anunciado o mapeamento dos genes – resultado do Projeto Genoma Humano². FRAGA nos esclarece o seguinte sobre o projeto:

¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; NAVES, Aline Maria Pollom Franco. Introdução aos aspectos jurídicos dos dados genéticos humanos. Dados genéticos como direitos de personalidade e sua proteção jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3117>. Acesso em fev 2016.

²GOLDIM, José Roberto. **Projeto Genoma Humano**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/genoma.htm>>. Acesso em fev. 2016.

“(...) o objetivo inicial do PGH [Projeto Genoma Humano] constituiu-se em elaborar um “mapeamento” dos genes da nossa espécie através da localização, posição e distanciamento dos mesmos nos cromossomos humanos, com uma acuidade cada vez mais apurada, a partir da alocação sequencial das bases nitrogenadas do DNA (...) (o DNA) é uma molécula que contém toda informação genética do indivíduo, e se encontra distribuído pelos 23 pares de cromossomos do ser humano. O genoma é o conjunto do DNA da célula de um organismo vivo, sendo idêntico em cada célula desse ser (...)”³.

Como resultado, os cientistas conseguiram definir a sequências dos genes e, em projeto paralelo, o mapeamento genético apresentou resultados indicando as funções exercidas pelos genes descobertos – pesquisa que permanece, visto se tratarem de bilhões de genes⁴.

Em uma década, fez-se presente a possibilidade real de compreender cada um dos genes que compõe o ser humano, sabendo-se a consequência na saúde e comportamento da pessoa. O grau de desenvolvimento atual da genética, com grande crescimento no futuro próximo, aponta a possibilidade de mapear todos os genes das características reativas a personalidade do ser.

Contudo, especialistas afirmam que é preciso ter cautela quanto aos avanços, vez que se trata diretamente sobre as escolhas a se fazer. Um porta-voz da Sociedade Americana para a Genética Humana declarou, em entrevista ao jornal BBC, que, embora existam avanços, é preciso pensar se o indivíduo, de fato, deseja saber o que traz sua carga genética⁵.

Os avanços das pesquisas ainda estão longe de conceder certeza quanto a incidência de doenças e especificações do comportamento humano, apenas oferecendo indícios destes. A própria ciência reconhece que, para muitas doenças, fatores externos exercem a mesma influência que a genética e, para tantas outras, são fundamentais⁶.

Por mais avançados que estejam os estudos e descobertas, ainda há grandes lacunas sobre o poder da influência dos genes. A discordância entre os diversos cientistas, vez que a pesquisa possui patente pública, gera centenas de pessoas pesquisando o mesmo elemento sobre diversos ângulos.

³ FRAGA, Ivana de Oliveira. **Violação a identidade, intimidade, ineditismo genético, como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2480.pdf. >. Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

⁴ CABELLO, Giselda. **Genoma Humano.** Disponível em: <<http://www.ghente.org/ciencia/genoma/>>. Acesso em jan 2016.

⁵ UCHOA, Pablo. Milhares de doenças podem ser identificadas por exames de DNA. **BBC Brasil.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130507_teste_dna_mdb_pu.shtml>. Acesso em fev 2016.

⁶ BORGES, Ana Manuela. **Os limites da disponibilidade das informações genéticas no contrato de trabalho: Uma breve análise jurídica.** Revista Direito UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3509/2509>>. Acesso em: fev 2016.

Outro ponto essencial a se pensar sobre os avanços genéticos é a questão da saúde mental do homem. Embora atualmente seja possível verificar a existência de indícios de possíveis doenças, não são todos que estão preparados ou desejam ter essa informação. Não raras pessoas com histórico familiar de determinada patologia preferem não realizar exames para verificar a sua probabilidade de também possuir o gene.

Em matéria publicada na revista *Super Interessante*⁷, acerca do dilema ético que envolve o avanço da genética, trouxe-se o relato da psicóloga envolvida no mapeamento da doença de Huntington⁸:

“É o caso da psicóloga americana Nancy Wexler, cuja mãe morreu de Huntington em 1978. Quando a mãe começou a apresentar sintomas da doença, ela decidiu pesquisar o assunto, e mais tarde foi trabalhar em uma fundação dedicada a doenças hereditárias. O trabalho de Nancy ajudou os cientistas a descobrir a mutação genética que causa a doença, alojada no cromossomo 4. Hoje ela pode saber com segurança se tem o gene herdado da mãe. Mas nem ela nem sua irmã quiseram fazer o teste. Saber que tem uma doença incurável faz com que os pacientes de Huntington tenham índices de suicídio acima do normal. Os cientistas só aplicam esses testes em pessoas adultas que passaram por acompanhamento psicológico.”

Fato que mostra ser uma importante contribuição para a medicina, seja no tratamento ou na prevenção de doenças, gera um grande desafio ao direito, em diversas áreas. É preciso compreender a extensão e importância das descobertas, porém precaver em relação aos usos destas de forma a proteger a sociedade.

Este ponto, em especial, já estava sendo levantado durante o estudo e mapeamento do Genoma Humano, gerando importantes debates não apenas entre juristas, mas também entre os pesquisadores envolvidos.

Muito se utiliza a genética para seleção de embriões, não apenas no auxílio a mulheres que não podem engravidar, mas na tentativa de escolher características físicas da criança a vir. Sexo, cor dos olhos, tipo de cabelo e até mesmo constituição física são as características mais visadas⁹. Em outros casos embriões são selecionados de acordo com a sua compatibilidade genéticas com outras pessoas, sendo possível transplantes¹⁰.

⁷ **Genética é destino: os problemas éticos que os exames podem trazer.** *Super Interessante*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/tecnologia/genetica-e-destino-os-problemas-eticos-que-os-exames-podem-trazer>>. Acesso em fev 2016.

⁸ A Doença de Huntington é uma doença degenerativa cujos sintomas são causados pela perda marcante de células em uma parte do cérebro denominada gânglios da base. Este dano afeta a capacidade cognitiva (pensamento, julgamento, memória), movimentos e equilíbrio emocional. Maiores explicações em <http://www.abh.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=49%3Ao-que-e-dh-&catid=36&Itemid=58>. Acesso fev 2016.

⁹ Clínica nos EUA oferece escolha de cor de olhos para bebês. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090302_bebeescolhaeuafn.shtml>. Acesso em fev 2016.

¹⁰ Seleção de embriões pode detectar alterações genéticas e até doenças. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/07/selecao-de-embrioes-pode-detectar-alteracoes-geneticas-e-ate-doencas.html>>. Acesso em jan 2016.

O embate ético se faz evidente. Técnicas criadas para prevenir doenças, cada vez mais são utilizadas de forma comercial e, aparentemente, em uma busca pelo embrião perfeito – não apenas no que se refere a saúde, mas também sobre a sua disposição física.

Jordan (1995) acredita que "tomamos um caminho perigoso: ao invés de julgar um indivíduo pelo que ele é hoje, vamos indagar sobre seu status de doente em potencial (e quem, não é?) para tratá-lo como deficiente antes do tempo e sem ter a certeza de que se tornará". Para ele isso significa definir a afecção pelo genótipo, pelo que está inscrito no DNA e não mais pelo fenótipo, pelo estado presente da pessoa¹¹.

A medicina, a pesquisa propriamente dita, busca compreender as origens dos males humanos, entretanto, não perde de foco que a predisposição se trata de mera possibilidade. Cada vez mais os estudos remetem à importância do desenvolvimento do ser humano – seja no que diz respeito ao seu estilo de vida, como de seu ambiente social – como fatores importantes para a incidência de doenças e características.

[...]uma das descobertas mais interessantes do projeto *Genoma* colocou em cheque essa hipótese organicista. Foi o fato de se verificar que os seres humanos compartilham entre si 99,99% de seus genes e, desta forma, as diferenças cromossômicas entre duas pessoas seriam ínfimas. Pelo lado da biologia, se a diferença dos cromossomos entre duas pessoas gira em torno de 0,01%, como se justificaria a enorme diferença de personalidade entre essas duas pessoas. [...] O ser humano não deve ser considerado um produto exclusivo de seu meio, tal como um aglomerado dos reflexos condicionados pela cultura que o rodeia e despido de qualquer atributo mais nobre de sentimentos e vontade própria. Não pode, tampouco, ser considerado um punhado de genes, resultando numa máquina programada a agir desta ou daquela maneira, conforme teriam agido exatamente os seus ascendentes biológicos¹².

Além disso, as descobertas não se limitam a identificar padrões genéticos de doenças, mas também passa a apontar características próprias do comportamento. É o que LIMA aponta ao afirmar e prever as consequências desse avanço:

A descoberta de que genes são responsáveis por características humanas que até então pensávamos serem determinadas pelo meio ambiente e pela cultura, tais como inteligência, sexualidade, determinação, sensibilidade, capacidade de revoltar-se e indignar-se, serviria muito bem ao processo de exclusão como recentemente ensaiado pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, de que estamos experimentando, no final do século, o ressurgimento do fascismo - o fascismo social - que se caracteriza pela exclusão de imensa parcela da espécie humana do contrato social, impedindo o acesso de milhares de jovens à cidadania - um tipo de pré-contratualismo, que exclui o homem por meio da proibição material de ingressar no mundo dos cidadãos (...)¹³.

Avaliar o ser humano, tendo por base apenas um resultado de mapeamento genético, mostra descompasso com a própria ciência. O ser humano, acima de tudo não se mostra como

¹¹ GOLDIM, José Roberto. **Projeto Genoma Humano**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/genoma.htm>>. Acesso em fev. 2016.

¹² Teoria da Personalidade: Uma base para refletir sobre nossa Personalidade. **PsiquWeb**. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=131>>. Acesso em jan 2016.

¹³ NASSIF, Elaine Noronha. **Genética e Discriminação no trabalho: Uma cogitação**. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf>. Acesso em jan 2016.

um robô programado, pois interage, a todo instante, com o meio ambiente ao qual está inserido. É a interação de sua genética com o ambiente que determina o ser, não prevalecendo um sobre o outro.

3.CONTRATO DE TRABALHO – EXIGENCIA DE AVALIAÇÃO MÉDICA

O direito do trabalho teve início com a revolução industrial, contudo as relações de trabalho sempre existiram. A necessidade de regular essas relações surgiu do próprio sistema capitalista, assim como das revoluções sociais. CARVALHO define que:

As condições adversas do trabalho humano que se percebiam do âmbito do emprego industrial exigiam um sistema de compensação jurídica que por zelo ou hipocrisia as legitimasse, atenuando o seu caráter espoliativo, além de demandarem uma construção teórico-filosófica que fizesse face à ideia, desde antes difundida entre os colbertistas, de que o industrial deveria assegurar aos seus trabalhadores apenas a remuneração que lhes garantisse a sobrevivência, pois do contrário não ocorreria a acumulação de riqueza tão cara ao mercantilismo.¹⁴

Se esse é um ramo do direito próprio para proteção dos trabalhadores, suas regras visam promover a venda da força de trabalho da forma mais justa possível em cada sociedade. Tal justiça não se resume apenas as regulamentar tempo de trabalho ou formas de pagamento, mas também sobre a segurança da saúde deste.

Por força de disposição legal, no direito brasileiro, o empregador precisa realizar exames admissionais, assim como periódicos, a fim de verificar se o trabalhador possui condições para exercer determinadas funções. É o que extraímos da CLT, senão vejamos:

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.

Essa medida serve, não apenas, como um meio de esclarecer se o mesmo está apto a exercer a função (protegendo o empregado), mas também registrar a existência de doenças preexistentes, prevenindo a empresa de sofrer com alegações de males obtidos em decorrência do trabalho exercido por seus empregados.

No que tange a descrição do que deverá ser observado para determinar a aptidão ou inaptidão, dependerá de qual a função a ser exercida, não cabendo a CLT determinar, vez as constantes alterações. Dessa forma, fica a cargo das normas regulamentadores, com mais capacidade de alteração, orientar os empregadores a forma correta de proceder, além da própria atuação da Medicina do Trabalho em cada empresa.

¹⁴ CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocati, 2011. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/compralivraria.wsp?tmp_codigo=474&tmp_topico=livraria>. Acesso em fev 2016. Pp. 28.

Contudo, como já frisado, o exame tem a sua finalidade determinada. Sejam pré-admissionais ou mesmo os que são realizados no decorrer da prestação de serviço, não é possível o desvio de motivação. Em suma, os resultados obtidos não podem servir de parâmetro para a recusa em aceitar o trabalhador, tampouco como justificativa para a sua demissão.

A existência da Medicina do Trabalho, assim como setores dentro das empresas que sejam responsáveis por acompanhar a saúde do trabalhador, deve-se a tratados internacionais. Não se resume a realizar exames médicos, mas também a fornecer equipamentos de segurança e, sobretudo, evitar acidentes e diminuição de riscos provenientes do ambiente¹⁵.

De forma alguma é aceitável que se utilizem informações médicas, sem relação com a função, para determinar um processo seletivo. Em suma, a ocorrência destes casos pode ensejar, até mesmo, ações de reparação de danos, ainda que não exista uma relação contratual estabelecida entre as partes.

Diversas são as decisões punindo o empregador quando comprovado a discriminação em decorrência de algum fato relativo a exames admissionais. Cita-se, a seguir, dois exemplos, sendo um da esfera do Direito Público e outro de Direito Privado:

ADMINISTRATIVO. Concurso público. Inadmissível a exclusão de candidato que, aprovado em fases precedentes, foi declarado inapto à função de agente de organização escolar mercê de doença grave, aparentemente curada e sem sinais de recidiva. Relatório médico subjetivo, que apenas salienta que no futuro poderá ter novos problemas de saúde. Comprovado, outrossim, que o candidato estava apto ao exercício das funções no momento do exame. Juízo de possibilidade que deverá ser aferido no curso do estágio probatório. Procedente a ação para declarar nulo ato que excluiu o autor do certame. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 00256113920138260053 SP 0025611-39.2013.8.26.0053, Relator: Coimbra Schmidt, Data de Julgamento: 08/06/2015, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/06/2015)

E também:

INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. RECUSA DE CONTRATAÇÃO APÓS EXAME DE SANGUE ADMISIONAL QUE APONTA ALTO ÍNDICE GLICÊMICO. A promessa de contratação frustrada atenta contra o princípio da boa-fé objetiva. Tal princípio traz ínsito um modelo de atitude, exigindo que as partes ajam de acordo com um padrão moral. E restando incontroversa a expectativa de contratação da reclamante, inclusive com abertura de conta-salário em Banco indicado pela empresa, e não comprovado pela reclamada que as condições de trabalho se mostrariam prejudiciais à saúde da reclamante, que sofre de diabetes, constitui-se o dever de indenizar. Recurso da reclamante provido.(TRT-4 - RO: 00007718520135040292 RS 0000771-85.2013.5.04.0292, Relator: MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO, Data de Julgamento: 21/05/2014, 2ª Vara do Trabalho de Sapucaia do Sul).

¹⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 8ª ed. Pp. 898 – 905.

Semelhante é o comportamento para um funcionário já presente nos quadros da empresa. O fato de ter desenvolvido alguma doença, se esta não causar riscos para o funcionário ao cumprir suas obrigações trabalhistas, não cabe motivação para a dispensa sob este argumento.

Por isso frisa-se que exames médicos servem como forma de proteção ao trabalhador, não um método de exclusão e discriminação. Ao se admitir a necessidade de verificar a aptidão física do trabalhador, é com intuito de verificar se a saúde dele não será agravada ou, em alguns casos, verificar se determinada característica não impossibilita completamente o exercício da função – sendo assim, dentro do contexto da função.

O direito trabalhista ainda não abarca normas que regulamentem a utilização dessa tecnologia. A lei, por vezes, costuma caminhar em passos mais lentos que as transformações observadas em nossa sociedade. Contudo, pelos exemplos apresentados e teor das pesquisas, não é possível ter essas relações desprovidas de ordenação.

Entretanto, o direito é um conjunto de normas e, as relações são se subordinam apenas a um conjunto específico. O Direito do Trabalho é uma lei infraconstitucional e, em consequência, submete-se a Constituição Federal.

É preciso analisar até que ponto a genética se desenvolveu e, posteriormente, buscar recursos normativos que possam suprir lacunas normativas existentes, visto a não possibilidade de legislar na mesma velocidade que a sociedade se altera.

4.EUGENIA: DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Como já afirmado, faz parte das relações trabalhistas a verificação da saúde do trabalhador, a fim de confirmar sua aptidão para a função a ser exercida. Contudo, o avanço genético acaba por abrir novas possibilidades para constatação de diversos males.

Caso semelhante ocorre, a título de exemplo, com os portadores de HIV. Doença ainda sem cura, porém com tratamento avançado que concede ao portador total capacidade e qualidade de vida, há algum tempo gerou dúvidas na limitação do empregador recursar a contratação de quem tivesse a doença.

Cita-se, neste ponto, decisão acerca deste fato:

AIDS- EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV DISPENSA - DISCRIMINAÇÃO- CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENCÃO N. 111 DA OIT - PROVA INDICIÁRIA. REINTEGRAÇÃO O MAIS-ALÉM DO TEXTO DA LEI: O DIREITO E A JUSTIÇA - O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1o, o caput

e incisos X e XLI do art. 5o., o art. 6o., o caput do art. 170 e 193, da Constituição Federal. O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7o., inciso I, da Constituição. Dessa forma, a empregadora enfeixa em suas mãos o poder de rescisão contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa, pagando-lhe os direitos inerentes à rescisão sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio falta de justa causa com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregadora, empresa privada, ou de empregador, pessoa física, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo Pedrotti, é "o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi" (Pedrotti, Irineu Antônio, "Da AIDS e do Direito", Revista dos Tribunais, 1982, abril de 1993, vol. 690, pág. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho, que muito lhe será proveitoso para fins de integração social. (TRT-3 - RO: 27408 00864-2007-072-03-00-3, Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, Quarta Turma, Data de Publicação: 12/04/2008 DJMG . Página 20. Boletim: Sim.)

A decisão citada, embora seja de 2008, demonstra o viés a ser seguido ao se discutir a utilização de determinadas informações do trabalhador. No caso *in locu*, promoveu-se a reintegração do trabalhador dispensado, vez que esse só o foi em decorrência de ser portador de uma doença.

Houve o entendimento por parte do magistrado, de forma brilhante, que a análise deve ser observada em relação a capacidade de realizar a função, não em razão da gravidade da doença. A dispensa de trabalhador apenas em razão de uma enfermidade apenas denota preconceito, o que por si só fere a nossa Constituição vigente.

Reforça-se, assim, que o mesmo tratamento deve ser dado ao se discutir as aplicações da genética no âmbito dos contratos de trabalho. A realização de exames de mapeamento genético se mostram descompassados com o objetivo central dos exames laborais.

Ora, se o trabalhador precisa realizar exames admissionais e periódicos, estes se dão para averiguar a sua capacidade laborativa, nenhuma relação há com esse procedimento a busca por encontrar características específicas nos colaboradores.

Desta maneira, há diferença entre verificar as condições ou buscar predisposições futuras. É o que assevera DE BARROS:

“Ocorre, todavia, que nem toda distinção, exclusão ou preferência poderá ser admitida como conduta discriminatória, no sentido da referida Convenção [Convenção nº 111 da OIT, 1958], pois ela própria exclui de sua esfera normativa as qualificações exigidas para um emprego determinado (art. 1º, inciso 2)”.¹⁶

Para a compreensão deste cenário, LIMA NETO assim exemplifica:

“[...] um tratamento diferencial de indivíduos ou seus parentes consanguíneos baseado na sua atual ou presumida diferença genética em relação aos outros seres humanos e que decorre do fato de apresentarem sintomas de uma doença de origem genética ou da possibilidade de virem a apresentar determinado comportamento social ou característica “não desejável” (subversão, indolência, excesso ou falta de inteligência, homossexualidade, obesidade, etc.), que seria decorrente da suposta e automática submissão do ser humano aos comandos provenientes de seus genes”.¹⁷

Os trabalhadores não seriam mais observados pelo seu trabalho e qualidades, mas sim por suas determinações genéticas. A extensão dessa utilização é ainda maior, ao considerar que a própria biogenética informa que a presença dos genes de determinada característica, por si só, não é suficiente para que esta ocorra, vez que depende do próprio desenvolvimento da pessoa verificada.

É neste ponto que o ambiente do trabalho se funde ao estudo da genética. Os avanços observados são tamanhos que geram dúvidas de como serão aplicados no contexto social e, também, nas relações de trabalho. Se simples exames de sangue já foram e, por vezes ainda o são, utilizados como forma de segregação, é compreensível a incerteza gerada por descobertas ainda mais profundas acerca do ser humano.

Como apreciado no início deste estudo, o mapeamento genético, em conjunto com o estudo do genoma, possibilitou o conhecimento dos genes que formam o indivíduo e, também, o mapeamento da relação desses genes com as características que representam. Atualmente é possível verificar se a pessoa tem em sua genética os genes responsáveis por diversas doenças e, além deste fato assombroso, reconhecer algumas características de personalidade.

Porém, como também demonstrado, a ciência não aceita que a genética seja única responsável por determinar o que acontece ao indivíduo. Em linhas gerais, podemos dizer que o fato de a pessoa ter o gene correspondente, por exemplo, a violência, não garante que está se transforme em comportamento. O desenvolvimento humano, as relações travadas e,

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. 9ª ed. Pg 885.

¹⁷ BANDEIRA, Ana Claudia Prajá; SCARIOT, Tatiane Botura. **Discriminação Genética e Direitos da Personalidade: problemas e soluções**. Disponível em: <http://www.cesumar.br/mestradodireito/arquivos/volume6/desc_%20genetica.pdf>. Acesso em jan 2016.

sobretudo, o ambiente o qual está inserido também impulsionam ou impedem que uma característica tome forma.

O mesmo pode-se afirmar em relação as doenças. Atualmente os estudos afirmam que, dependendo do tipo de câncer, a ocorrência tem mais ligação com o estilo de vida do paciente do que com sua genética¹⁸. Além do mais, a predisposição genética indica uma possibilidade, não a certeza de desenvolvimento qualquer doença.

Observa-se que se não há certeza sobre a preponderância dos genes sobre o ambiente, tampouco há consenso na comunidade internacional sobre os limites da utilização das descobertas.

A bioética é uma ciência extremamente recente e imprecisa, sendo que a UNESCO criou comitê para esse estudo em 1993¹⁹. Países liberais, como os Estados Unidos e a Inglaterra, permitem abertamente a manipulação genética de embriões – permitindo-se escolher aqueles que não possuam os genes de certas doenças, entre outras aplicações. Na China, a genética é utilizada para evitar os embriões femininos, pois a cultura local privilegia a força masculina.

Já países como Alemanha, Áustria e Itália recusam a dar espaço para esse tipo de uso da ciência, seja pela crença religiosa, seja por existir um passado carregado de eugenia²⁰ – a antiga Alemanha nazista foi conhecida pela busca incessante da melhoria genética com intuito de criar uma raça superior ao restante da população mundial.

A própria OIT já emitiu parecer a este respeito, como podemos acompanhar:

El rápido desarrollo de la genética y de las nuevas tecnologías afines ha facilitado la obtención de información sobre la condición genética. El Informe señala que la prospección genética tiene implicaciones importantes para el lugar de trabajo, en aquellos casos, por ejemplo, en los que los empleadores pueden estar interesados en excluir a ciertas personas cuya condición genética muestra una predisposición a desarrollar una determinada enfermedad en el futuro. La discriminación genética en el lugar de trabajo ha sido probada e impugnada con éxito ante varios tribunales de todo el mundo²¹.

¹⁸ Pesquisa diz que ‘má sorte’ é causa da maioria dos tipos de câncer. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/2015-01-02/pesquisa-diz-que-ma-sorte-e-causa-da-maioria-dos-tipos-de-cancer.html>>. Acesso em fev 2016.

¹⁹ International Bioethics Committee (IBC). **UNESCO**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/international-bioethics-committee/>>. Acesso em jan 2016.

²⁰ GUYONNET, Emilie. Ética e manipulação genética. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=358>>. Acesso em jan 2016.

²¹ Informe Mundial de la OIT: la discriminación y la desigualdad en el. **Trabajo: la revista de la OIT**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_091707.pdf>. Acesso em jan 2016.

Sendo assim, é fácil concluir que o avanço genético interfere, diretamente, no ambiente de trabalho. Os empregadores buscam o máximo de lucro e extração da força laborativa de seus empregados, ao passo que a possibilidade de escolher os mais capacitados *geneticamente* aparenta ser um curso natural.

Por outro lado, como muito ressaltado, fenótipo e genótipo são circunstâncias completamente diferentes. O fato de possuir determinado gene – não importando se revela uma característica boa ou ruim – não garante que a mesma se manifeste. Mapear a cor dos olhos de um futuro ser humano é distinto, cientificamente, de prever se o mesmo ser terá domínio completo do universos das ciências exatas – já que ter a capacidade genética, mas não ter uma ambiente que possibilite essa ocorrência acaba por anular a incidência dos genes.

A experiência de um trabalhador, aliada ao seu interesse por determinado trabalho sobrepõe-se ao puro mapa de suas células. Não é cabível, dentro do Direito atual, imaginar a seleção de candidatos ao trabalho apenas por exames médicos avançados.

Se atualmente não há, pelo menos não em grande parte dos países, legislação acerca deste ponto, é possível encontrar respostas na legislação que se sobrepõe: os Direitos Humanos.

5.DIREITO DE NÃO SABER – DIGNIDADE HUMANA – DIREITOS HUMANOS

A atual Constituição brasileira, assim como tantas outras espalhadas pelo mundo, consagra o princípio da dignidade humana como norteadora do ordenamento jurídico do país. Em outros termos, a legislação esclarece que qualquer decisão, norma ou comportamento tem que estar voltado e consoante com a ideia de proteção do ser humano.

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.²²

O ser humano deve, acima de tudo, ser respeitado em sua integridade física e mental. FERRAZ ainda certifica que o respeito indica que cabe ao Estado zelar pela liberdade e integralização social, isto é, o direito de viver e se desenvolver socialmente²³.

²² ANDRADE, Ande Gustavo Correa 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 jan 2016.

²³ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma Introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Pp. 79.

Também poderíamos citar a questão da própria Constituição considerar qualquer tipo de discriminação como não aceito em nossa sociedade. Este princípio decorre, diretamente, da ideia de igualdade de direitos que se insere no princípio da dignidade humana. Contudo, ainda assim, repete-se no ordenamento constitucional a posição clara contra a segregação de qualquer porte.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação** (*grifo nosso*).

Os direitos humanos tomaram forma a partir das grandes revoluções do século 19, sendo inspirada, principalmente, na Revolução Francesa de 1789. Naquele momento, de distanciamento do poder absolutista, em que o povo não tinha quaisquer direitos, fez-se necessário uma alteração social que reivindicasse o direito de existir e ser livre. O lema ‘liberdade, igualdade e fraternidade’ se mostram os primeiros direitos humanos – e, de fato, hoje são entendidos como direitos de primeira geração.

Contudo, com o decorrer do desenvolvimento social, não apenas estes ficaram consagrados como direitos ‘inerentes’, mas outros foram sendo integrados ao texto. Um dos exemplos é o direito ao trabalho digno:

Artigo 23

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

O mesmo texto que trazia a igualdade sobre todos, também deixava claro que no ambiente de trabalho o mesmo deveria ser respeitado. Todo homem tem direito a exercer sua profissão livremente, assim como de que seja justa a seleção que o envolve, sem que existam quaisquer pressupostos discriminatórios que diminuam a possibilidade de trabalhar.

Retornando ao contexto da eugenia nas relações de trabalho, temos que em 1948 já existia a ideia de não discriminação do trabalhador – lembrando que a descoberta do DNA deu-se apenas 5 anos antes²⁴. Muito embora nem todos os países tenha se tornado signatários

²⁴ Declaração das Nações Unidas. ONU. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Nacoes-1945/declaracao-das-nacoes-unidas-1948.html>>. Acesso em jan 2016.

deste ordenamento, os principais o fizeram, o que representam uma grande importância, considerando que são os mesmos com maior capacidade científica e de capital.

O que se ressalta é que, embora a nossa Constituição Federal tutele a proteção do cidadão – e, por extensão, do trabalhador – os Direitos Humanos aparecem como alicerce para maior proteção.

Ainda que grande parte dos países não possuam legislação específica para os casos de utilização de informação genética – ou como no Brasil, tratem-na de forma superficial - a Declaração de Direitos do Homem já basta para dirimir e limitar abusos. Como países que já se manifestaram a respeito, podemos citar:

Diversos Estados-Membros da UE introduziram legislação que proíbe a discriminação genética (França, Suécia, Finlândia e Dinamarca). Outros proibiram ou restringiram a recolha de dados genéticos dos empregados sem o seu explícito consentimento (Áustria, Países Baixos, Luxemburgo, Grécia e Itália), reconhecendo e garantindo assim o direito das pessoas à privacidade. Nos Estados Unidos, no dia 17 de Fevereiro de 2005 o Senado aprovou unanimemente a proposta S. 306, a Lei sobre Não Discriminação da Informação Genética de 2005, que proíbe a utilização indevida da informação genética no emprego e nos seguros de saúde.²⁵

Através dos artigos citados é possível compreender, claramente, que não cabe a utilização de mapeamento genético para selecionar trabalhadores, vez que essa prática se enquadra em discriminação. No caso do Brasil, além de ser signatário desta declaração, ainda reforçou em sua Carta Maior a necessidade de se buscar a igualdade e o respeito pela dignidade do homem e trabalhador.

Contudo, os direitos humanos, assim como qualquer outra norma, também se ajustou às mudanças sociais. Se no momento em que o lema francês se tornou a primeira faceta dos direitos do homem, outros momentos históricos vieram e, paulatinamente, foram acrescentados outros direitos.

Ademais, além de internacionalizar os direitos ali contidos, a Declaração também teve a função de conjugar, harmonizar ou conciliar as gerações de direitos civis e políticos (primeira geração de direitos) aos direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração), equalizando, desta forma, o discurso liberal e o discurso social defensores da cidadania, atando o valor da liberdade ao da igualdade, dicotomia que até então não se cria pudesse ser ultrapassada.²⁶

A UNESCO, em 1997, através de sua conferência geral, pôs sob votação a Declaração Universal Sobre o Genoma Humano, sendo este aceito e, posteriormente, integrado ao rol de

²⁵ Igualdade no Trabalho: Enfrentar os desafios. **OIT**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/igualdade_07.pdf>. Acesso em fev 2016.

²⁶ NUNES, Dymaima Kyzzzy. As gerações de direitos humanos e o estado democrático de direito. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7897>. Acesso em fev 2016.

Direitos Humanos. Para exemplificar a importância, analisa-se os três primeiros artigos do tratado:

Artigo 1.º

O genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, constitui o património da Humanidade.

Artigo 2.º

a) Todas as pessoas têm direito ao respeito da sua dignidade e dos seus direitos, independentemente das respectivas características genéticas.

b) Essa dignidade impõe que os indivíduos não sejam reduzidos às suas características genéticas e que se respeite o carácter único de cada um e a sua diversidade.

Através da UNESCO, reconheceu-se a importância da pesquisa genética em benefício do ser humano, vez que o permite tratar doenças e prevenir tantas outras. Contudo, observou-se a importância de refrear qualquer movimentação no que diz respeito a discriminação. A ciência deve servir para benefício do homem, não para a sua segregação.

Em contexto geral, ao tratar o genoma como um património, deu-se a possibilidade de proteção. Ora, o genoma é uma informação genética do homem e, como informação, não pode estar exposta sem sua autorização. Tampouco a de se pensar na obrigatoriedade do sigilo dessas informações, ainda mais para o setor privado.

A justificação para a não possibilidade de exposição dessas informações é extremamente clara no segundo artigo: o ser humano não pode ser reduzido a características genéticas.

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) já expressou sua opinião a esse respeito ao afirmar que:

“Levantam a questão importante de onde estabelecer a linha entre o controle do empregador sobre a vida do seu empregado e a liberdade individual de se levar a vida de acordo com a escolha pessoal”.²⁷

Faz parte da dignidade humana não ter informações violadas, assim como não existir obrigação em tomar conhecimento de quaisquer que sejam as características de seu genoma. Se a pessoa tem o direito de não saber, não existe lógica que abarque a necessidade de qualquer empregador exigir essas informações.

A intimidade do trabalhador é protegida pela Constituição Federal, em seu famoso artigo 5º, X, quando não apenas protege o trabalhador, mas todo cidadão. Se originalmente

²⁷ Genética causa discriminação no trabalho, diz OIT. **BBC**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/05/070510_fumooit_pu.shtml>. Acesso em fev 2016.

não foi elencado, ou mesmo criado dentro da CLT disposições acerca da intimidade do trabalhador, a legislação vem suprindo essas necessidades, conforme elenca BARROS:

“(…) a partir de 1995, começaram a ser editadas no Brasil leis no sentido de tutelar a privacidade do trabalhador. É o que se infere, por exemplo, da Lei n. 9.029/95, que proíbe investigação sobre a esterilização ou gravidez da empregada, tanto na fase de admissão como no curso da relação de emprego; no mesmo sentido é a Lei n. 9.799, de maio de 1999, que introduziu na CLT os itens III, IV e V do art. 373-A; a mesma Lei n. 9.799 introduziu o item VI no art. 373-A da CLT, proibindo o empregador ou seus prepostos de realizar revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. embora este último preceito esteja inserido (9) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mais precisamente no art. 12; na Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950; na Convenção Panamericana dos Direitos do Homem de 1959. no Capítulo III, alusivo ao trabalho da mulher, entendemos que ele também se aplica aos homens, tendo-se em vista o disposto no art. 5º, i, da constituição, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres e também pelo fato de que o fundamento da proibição desta revista é a preservação da dignidade do ser humano em geral(10).temos, ainda, a Lei n. 10.224, de maio de 2001, que tipificou o assédio sexual como crime. Ela protege a intimidade e a liberdade das pessoas”²⁸.

Ainda que não tenhamos legislação específica sobre a intimidade no que se refere ao genoma no ambiente de trabalho, é perfeitamente possível realizar a equiparação aos casos já citados. Basta a compreensão que a informação, a privacidade propriamente dita, não é de domínio público e não pode ser utilizada em malefício do homem. MYSZCZUK e MEIRELLES expõe que:

“Na verdade, a privacidade e intimidade dos empregados não podem ser devassadas arbitrariamente, podendo o empregador solicitar informação genética em casos excepcionais, quando demonstrada a necessidade e relevância de avaliar aptidão quanto a execução do contrato de trabalho e, sobretudo, quando manifestar, de forma inequívoca e sem margem para dúvida, que o recurso aos testes genéticos será a única via capaz de assegurar o direito à saúde do trabalhador”²⁹.

Temos, desta maneira, o direito do trabalhador em não expor suas informações, contrastando com o direito do empregador selecionar seus funcionários. Superficialmente seria este o embate, mas analisando a legislação como um todo, isso não ocorre.

Cabe ao empregado ter suas exigências quanto as habilidades e experiências que o empregado deverá ter, até mesmo, como já visto, realizar exames que atestem as condições de saúde necessárias para o desenvolvimento do trabalho. Contudo, isto muito difere de verificar saúde futura, ou mesmo buscar a existência de ‘qualidade genética’. O Direito não confere

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Regulamentação das relações de trabalho e a privacidade do trabalhador**. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125408/Rev17Art16.pdf/3521e37b-f81b-4d6c-a38d-08eda2dc17f1>>. Acesso em jan 2016.

²⁹ MYSZCZYUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria de leal de. **Testes genéticos, eugenia e contrato do trabalho: análise à luz da declaração universal dos direitos humanos e do genoma humano e da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1964.pdf>. Acesso em fev 2016.

esta possibilidade, tampouco obriga a pessoa a expor esse nível de informação. Ao contrário, assegura o direito de não se expor.

Correlato a esse entendimento, NASSIF aponta a Lei de Biossegurança - Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995³⁰, como outro ponto a ser discutido. Segundo a jurista, nessa lei, em seu artigo 8º, o legislador assegurou os princípios de autonomia e beneficência³¹. Em outros termos, garantiu a necessidade do segredo médico em questões que envolvem a genética.

Informações médicas devem permanecer dentro da relação médico-paciente, sendo escolha desse determinar quais poderão ser expostas ou não. A violação a este princípio é regulado no próprio Código Penal, sendo considerado crime o vazamento de informação obtida dentro do sigilo prisional³².

Contudo, com razão, NASSIF aponta que é preciso regular também este ponto, vez que poderia ter início certa represália contra os que não desejassem expor suas informações, ficando implícito que talvez não possuíssem ‘super genes’.

CONCLUSÃO

A pesquisa científica trouxe importantes avanços para a população mundial. Não apenas, a cada dia, identifica novos métodos e soluções para as doenças existentes, mas também avança em setores de prevenção.

A partir da década de 50, com o início das pesquisas sobre o DNA, apontou-se um novo horizonte, gerando a expectativa de oferecer às pessoas a possibilidade de tratamento e preparação antes de que as doenças se manifestem.

Contudo, a evolução também ocorre em relação a destinação que se dá aos resultados obtidos. Se por um lado a descoberta dos genes que podem ocasionar doenças graves são uma chance maior de vitória na luta pela saúde, por outro estes dados podem ser utilizados como forma de segregação social.

³⁰ No próprio corpo de texto da legislação citada, consta a possibilidade de sua aplicação dentro do Direito do Trabalho, vez que no artigo 2º deixa claro que as pesquisas genéticas, assim como seus resultados, não podem ser utilizados no âmbito trabalhista. Dessa forma, exclui a possibilidade de que empresas possuam contratos com entidades realizadoras de pesquisas e que promovam essa troca de informação a respeito de seus empregados.

³¹ NASSIF, Elaine Norona. **Genética e discriminação no trabalho: Uma cogitação**. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf>. Acesso em jan 2016.

³² Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Ora, o ambiente de trabalho sempre se mostrou importante espelho social. As relações de trabalho demonstram os setores sociais mais fragilizados, sobretudo, as condições de suprema força dos empregadores.

A avaliação da capacidade e aptidão para as vagas, muitas vezes, são renegadas em prol da avaliação de quesitos como raça, sexo, idade e tantos outros fatores que nada guardam relação com o trabalho.

Como o vislumbre de poder selecionar o candidato através da capacidade de sua genética – não apenas analisando se o funcionário tem riscos de desenvolver alguma doença grave, mas também analisar características da personalidade do indivíduo – cria a necessidade do Direito regular as possibilidades deste uso.

Ora, a ciência aponta que o DNA indica as possibilidades, mas não as restringem. Deixa claro que o ambiente em que o ser se desenvolve tem a capacidade de determinar a personalidade, negando a visão de que seres humanos sejam puramente robôs programados por sua genética.

Em contrapartida, ainda que não existam leis que liguem o trabalho à genética, o conglomerado normativo fornece devida proteção ao trabalhador. Os Direitos Humanos, seja na carta inicial ou mesmo na em sua declaração acerca dos genomas humanos, deixa claro que não é aceitável a discriminação genética – eugenia.

Ao mesmo tempo, no Brasil, a Constituição Federal e a Lei de Biossegurança, garantem que as informações de saúde do trabalhador o pertencem. Difere a necessidade de verificar se existe aptidão para exercer determinado cargo do uso para selecionar os ‘mais capacitados’. A intimidade e a dignidade do trabalhador devem ser respeitadas, sendo impensável qualquer medida que vise a coagir a expor suas informações.

Ainda que existam leis que possam regular essas relações, é preciso iniciar o processo de leis mais diretas sobre o uso da genética e prevenir a eugenia dentro das relações de trabalho. O trabalhador é a parte vulnerável da relação, já sendo exigido em seu máximo para benefício do empregador, sendo ilógico admitir que até mesmo a sua herança genética faça parte da balança na busca de seu sustento.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004.

BANDEIRA, Ana Claudia Praj; SCARIOT, Tatiane Botura. **Discrimina Genética e Direitos da Personalidade: problemas e soluções**. Disponível em: <http://www.cesumar.br/mestradodireito/arquivos/volume6/desc_%20genetica.pdf>. Acesso em jan 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. 9 ed. _____ . **Regulamentação das relações de trabalho e a privacidade do trabalhador**. Disponíve em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125408/Rev17Art16.pdf/3521e37b-f81b-4d6c-a38d-08eda2dc17f1>>. Acesso em jan 2016.

BORGES, Ana Manuela. **Os limites da disponibilidade das informações genéticas no contrato de trabalho: Uma breve análise jurídica**. Revista Direito UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3509/2509>>. Acesso em: fev 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 149, 05 de agosto de 1997**. Define os crimes resultantes de discriminação genética. Disponível em: <http://ghente.org/doc_juridicos/pls149.htm>. Acesso em: jan 2016.

CABELLO, Giselda. **Genoma Humano**. Disponível em: <<http://www.ghente.org/ciencia/genoma/>>. Acesso em jan 2016.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocati, 2011. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/compralivraria.wsp?tmp_codigo=474&tmp_topico=livraria>. Acesso em fev 2016.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 26 ago. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html>. Acesso em: jan 2016.

FRAGA, Ivana de Oliveira. **Violação a identidade, intimidade, ineditismo genético, como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2480.pdf. >. Acesso em fev 2016.

FERRAZ , Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma Introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GATTÁS, Gilka Jorge Figaro; SEGRE, Marco; FILHO, Victor Wunsch. **Genética, biologia molecular e tica: as relações de trabalho e saúde**. Ciênc. saúde coletiva v.7 n.1 São Paulo, 2002. Disponível na intrnet em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v7n1/a14v07n1.pdf> > . Acesso em fev 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 8 ed. Pp. 898 – 905.

GOLDIM, José Roberto. **Projeto Genoma Humano**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/genoma.htm>>. Acesso em fev. 2016.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discrição genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 837.

INEZ PAREJA, Enrique. **Patentes e biotecnologia**. 2000. Disponível em: <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/biopatentes_1.htm>. Acesso em: fev 2016.

MATTICK, John S.. Páginas ocultas no livro da vida. **Scientific American**, São Paulo, Edição Especial n. 16.

MOSER, Antnio. **Biotecnologia e bioética**. Para onde vamos? Petrópolis: Vozes, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade**: da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos. 2007. 193f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

NASSIF, Elaine Noronha. **Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação**. Disponível em: < http://www2.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf >. Acesso em fev 2016.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Constituição, Discriminação Genética e Relações de trabalho**. Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVA-NETO.pdf> > Acesso fev 2016.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

UCHOA, Pablo. Milhares de doenças podem ser identificadas por exames de DNA. **BBC Brasil**. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130507_teste_dna_mdb_pu.shtml>. Acesso em fev 2016.

UNESCO. **Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos**. 11 nov. 1997. Disponível em: <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: jan 2016.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. 16 out. 2003. Disponível em: <<http://www.unesco.pt/pdfs/ciencia/docs/declaracaouniv.doc>>. Acesso em: fev 2016.

WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.