

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**

**“LUÍS DE CAMÕES”**

**PATRIMÔNIO GENÉTICO E A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Manoel Joaquim Neto

Orientador: Professor Doutor Carlos Carranho Proença

Número do candidato: 20151567

Dezembro de 2019

Lisboa

# DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, à minha esposa Sara Maria Carvalho Ximenes e minhas filhas, Mayara Carvalho Ximenes Veras e Suyane Carvalho Ximenes Veras, pelo amor e carinho que a cada dia recebo.

Em segundo lugar, aos meus pais, Lucas e Eliza, aos quais devo tudo aquilo que sou e todas as conquistas alcançadas, bem como dedico a meus irmãos (Gilberto, Marli, Orlando, Maria do Carmo, Marlene e Gentil), que sempre me incentivaram e me dedicaram amor e respeito.

# AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, sempre a dirigir o meu caminho, sendo o meu apoio nos melhores momentos e nas horas mais difíceis.

De segundo, agradeço ao meu prezado e estimado orientador, Professor Doutor Carlos Carranho Proença, pelo acompanhamento e participação efetiva neste trabalho acadêmico. Minha profunda gratidão.

Agradeço, de outro lado, aos colegas do mestrado, pela convivência sadia e fraterna, tornando nossa jornada mais amena e alegre.

Obrigado, ainda, a todos os professores, bem como os funcionários da Universidade Autônoma de Lisboa, e, ainda, aos demais colaboradores.

“O conhecimento científico está a desenvolver-se a um ritmo alucinante. A genética é a quarta revolução da Medicina.”

Stela Barbas

# RESUMO

Os avanços havidos na sociedade dita pós-moderna, em decorrência das novas tecnologias e notadamente das novas descobertas no campo da biogenética, apresentam uma série de questionamentos, especialmente em referência às repercussões nas relações de trabalho.

Assim, pretende-se, no presente estudo, investigar acerca da repercussão do patrimônio genético na contratação de trabalhadores, como problemática central deste trabalho, haja vistaque os referidos avanços da biogenética, especialmente com o descobrimento completo do ADN, têm propiciado o conhecimento jamais pensado pelo homem, ao ponto de se imaginar a idéia de já haver experiência com a criação de seres humanos perfeitos (eugenia), diante do completo acesso ao material genético do trabalhador.

Neste sentido, efetua-se, inicialmente, uma abordagem investigativa sobre os direitos fundamentais na doutrina, especialmente a brasileira e a portuguesa, com ênfase para os direitos fundamentais no contrato de trabalho.

Procede-se, em seguida, a uma abordagem sobre o genoma humano, desde sua origem, observando-se que o ramo da medicina genômica pode, na atualidade, através de testes preditivos, verificar a predisposição do indivíduo para apresentar determinadas enfermidades, possibilitando, destarte, a antecipação do adequado tratamento, objetivando que a doença seja controlada no seu início, ou, ainda, evitar o seu próprio desenvolvimento. Relata-se, outrossim, o caráter negativo que poderá ser observado na utilização indiscriminada dos resultados dos referidos testes genéticos, para fins de discriminação, segregação de pessoas, que poderão ou não desenvolver determinada enfermidade diagnosticada pelo teste preditivo.

Examina-se, posteriormente, os Tratados de Roma e Maastricht, bem como, especificamente, os Instrumentos Internacionais que se reportam ao genoma humano, e, ainda, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que abordam à preservação da privacidade e intimidade do trabalhador.

De outro lado, passa-se ao exame da legislação portuguesa sobre a matéria, especificamente a Lei 12/2005, de 26 de janeiro, regulando amatéria da discriminação genética (estabelecendo os conceitos de informação de saúde e de informação genética), bem como à legislação brasileira, Lei n.º 9.029/95 (a qual proíbe adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, dentre outros), e ao Projeto de Lei 4.610 de 1998 (o qual define os crimes relativos à discriminação genética), observando-se as hipóteses de implicação da informação genética sobre todo o transcurso das relações laborais, apresentando, ainda, o posicionamento da jurisprudência portuguesa e brasileira sobre a matéria.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Genoma Humano. Privacidade. Contratação de trabalhadores e patrimônio genético. Convenções e tratados internacionais.

# ABSTRACT

The advances made in the so-called postmodern society, due to new technologies and notably new discoveries in the field of biogenetics, present a series of questions, especially about the repercussions on labor relations.

Therefore, this study aims to investigate the repercussion of genetic heritage in the hiring of workers, as a central problem of this work, given that these advances in biogenetics, especially with the complete discovery of DNA, have provided the knowledge never thought by man, to the point of imagining the idea of ​​already having experience with the creation of perfect human beings (eugenics), given the complete access to the genetic material of theworker.
 In this sense, an investigative approach to the fundamental rights in the doctrine is initially carried out, especially the Brazilian and the Portuguese, with emphasis on the fundamental rights in the labor contract.

Then, proceed to an approach on the human genome, from its origin, observing that the branch of genomic medicine can, today, through predictive tests verify the predisposition of the individual to present certain diseases, thus enabling , the anticipation of appropriate treatment, aiming at controlling the disease at its onset, or preventing its own development. It is also reported the negative character that can be observed in the indiscriminate use of the results of the referred genetic tests, for purposes of discrimination, segregation of people, who may or may not develop a certain disease diagnosed by the predictive test.

Subsequently, the Treaties of Rome and Maastricht are examined, as well as, specifically, the International Instruments relating to the human genome, as well as the Conventions of the International Labor Organization, which address the preservation of worker privacy and intimacy.

On the other hand, we will examine the Portuguese legislation on the subject, specifically Law 12/2005 of 26 January, regulating the issue of genetic discrimination (establishing the concepts of health information and genetic information), as well as Brazilian law, Law Nº 9.029/95 (which prohibits the adoption of any discriminatory and limiting practice to access or maintain the employment relationship, on grounds of sex, origin, race, color, marital status, family situation, disability, professional rehabilitation, age, among others), and to the bill 4.610 of 1998 (which defines the crimes related to genetic discrimination), observing the hypotheses of implication of the genetic information about the whole course of the relationships. also presenting the position of Portuguese and Brazilian jurisprudence on the subject.

**Keywords:**Fundamental rights. Human genome. Privacy. Hiring workers and genetic heritage. International conventions and treaties.

**SUMÁRIO**

[DEDICATÓRIA 2](#_Toc34301846)

[AGRADECIMENTOS 3](#_Toc34301847)

[RESUMO 5](#_Toc34301848)

[ABSTRACT 7](#_Toc34301849)

[ABREVIATURAS 10](#_Toc34301850)

[INTRODUÇÃO 12](#_Toc34301851)

[1. Importância e Delimitação do Tema 12](#_Toc34301852)

[2. Plano da Dissertação 14](#_Toc34301853)

[CAPÍTULO I - O Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais 17](#_Toc34301854)

[1.1. Noções conceituais 17](#_Toc34301855)

[1.2. Histórico dos direitos fundamentais 20](#_Toc34301856)

[1.3. Classificação dos direitos fundamentais 23](#_Toc34301857)

[1.4. Positivação no Brasil 25](#_Toc34301858)

[1.5. Positivação em Portugal 28](#_Toc34301859)

[1.6. Os direitos da personalidade próprios da relação de trabalho: direitos fundamentais no contrato de trabalho. 29](#_Toc34301860)

[CAPÍTULO II - O Genoma Humano: Identidade Genética 39](#_Toc34301861)

[2.1. Origem 39](#_Toc34301862)

[2.2. O Projeto Genoma Humano 42](#_Toc34301863)

[2.3 A medicina preditiva 45](#_Toc34301864)

[2.4 Rastreamento (screening) 49](#_Toc34301865)

[2.5. Bioética e dignidade humana 51](#_Toc34301866)

[CAPÍTULO III – Os Instrumentos Internacionais e o Genoma Humano 56](#_Toc34301867)

[3.1. Os instrumentos internacionais 56](#_Toc34301868)

[3.1.1. O Tratado de Roma 57](#_Toc34301869)

[3.1.2. O Tratado de Maastricht 58](#_Toc34301870)

[3.1.3. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 59](#_Toc34301871)

[3.1.4 A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia 62](#_Toc34301872)

[3.1.5 Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (A Convenção sobre o Genoma Humano). 66](#_Toc34301873)

[3.1.6. As convenções da Organização Internacional do Trabalho 71](#_Toc34301874)

[CAPÍTULO IV - A Identidade Genética e Repercussão na Contratação de Trabalhadores 77](#_Toc34301875)

[4.1. Considerações iniciais 77](#_Toc34301876)

[4.2. A legislação de Portugal 79](#_Toc34301877)

[4.3. A legislação brasileira 81](#_Toc34301878)

[4.4. As várias formas de repercussão na contratação 84](#_Toc34301879)

[4.4.1. A fase de pré-contratação e a identidade genética do postulante ao emprego. 84](#_Toc34301880)

[4.4.2. A identidade genética do trabalhador e sua repercussão no transcurso do contrato de trabalho. 90](#_Toc34301881)

[4.4.3. A rescisão do contrato de trabalho e a identidade genética do trabalhador. 94](#_Toc34301882)

[4.5. A identidade genética e as atividades de maior risco: confrontos entre o direito à privacidade do trabalhador e o alegado direito do empregador e de possíveis terceiros. 9](#_Toc34301883)5

[CONSIDERAÇÕES FINAIS 10](#_Toc34301884)0

[REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 10](#_Toc34301885)6

**ABREVIATURAS**

AIDS - *Acquired Immunodeficiency Syndrome* / Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

BEA - *Bureau d'Enquêtes et d'Analyses*

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* / Código Civil Alemão

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CC - Código Civil

CCP - Código Civil Português

CECA - Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE - Comunidade Econômica Europeia

CEEA - Comunidade Europeia de Energia Atômica

CF - Constituição Federal

CJAI - Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CNPD - Comissão Nacional de Protecção de Dados

CRP - Constituição da República Portuguesa

CT - Código do Trabalho

DJe - Diário da Justiça Eletrônico

DNA - Deoxyribonucleic Acid

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

DUGHDH - Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos

ECA - Enzima Conversora de Angiotensina

EEOC - *Equal Employment Opportunity Commission*

ELSI - *Ethical, Legal and Social Implications*

EUA -Estados Unidos da América

FIEO - Fundação Instituto de Ensino para Osasco

GINA - *Genetic Information Nondiscrimination Act*

HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

LTC - Lei do Tribunal Constitucional

NIH - *National Institutes of Health*

NR - Norma Regulamentadora

OIT - Organização Internacional do Trabalho

OMS - Organização Mundial de Saúde

*Op. cit.* - *Opus Citatum*

PC do B - Partido Comunista do Brasil

PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PESC - Política Externa e de Segurança Comum

PMA - Procriação Medicamente Assistida

RE - Recurso Extraordinário

RGPD - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TRT/RJ - Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro

UE - União Europeia

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

# INTRODUÇÃO

# 1. Importância e Delimitação do Tema

Cumpre assinalar, de início, que da mesma forma que o Direito é um instrumento de integração do conflito na sociedade, observa-se que, especificamente, o Direito do Trabalho, como fruto do sistema de produção capitalista, é a via através da qual a sociedade se utiliza para apascentar os conflitos socio-laborais ou de trabalho em geral[[1]](#footnote-2), ou seja, o direito do trabalho tem a função de dirimir o conflito entre o trabalhador assalariado e o empresariado, especialmente na atualidade, onde observamos uma recente evolução das formas do próprio trabalho e da produção, em face do impacto das mudanças tecnológicas, da globalização e das alterações demográficas, sempre tendo por embasamento a aceleração dos processos de desenvolvimento econômico, aliada a imprescindível necessidade de realização de justiça social[[2]](#footnote-3).

De outro passo, observa-se que o empregado, ao firmar contrato de trabalho, transfere para o empregador a direção da sua força de trabalho, ou seja, o empregador passa a dirigir a prestação de labor, da forma que melhor lhe aprouver. É que o contrato de trabalho, importando necessariamente na cessão da mão de obra pelo trabalhador ao seu empregador, faculta-lhe a mais ampla liberdade ao dirigir a força de trabalho, baseando-se na distribuição desigual do poder econômico e social entre as referidas partes do contrato de trabalho[[3]](#footnote-4).

Nada obstante, imprescindível se tornar destacar que, muito embora detenha esse empregador o mais amplo poder de direção da prestação do labor, tal poder não pode ser considerado ilimitado.

Assim, cabível examinar a idéia de que o empregador possui ou não um poder ilimitado sobre o trabalhador, ao ponto de penetrar na intimidade do trabalhador, chegando a lançar mão de testes genéticos preditivos.

Ressalte-se, por necessário, que a compreensão da liberdade de empresa passa pelo entendimento da imprescindibilidade de compatibilização entre o poder do empregador e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, objetivando afastar os abusos, haja vista que o trabalhador, no desenrolar do contrato de trabalho, poderá sujeitar-se a um controle rigoroso do empregador, notadamente com a utilização de inovações tecnológicas, inclusive no campo da biogenética.

Neste sentido, contempla-se que, em princípio, o empregador possui ampla liberdade na utilização de mecanismos de controle da atividade laborativa (tendo o empregado dever de obediência às ordens e instruções do empregador, decorrendo disto a assertiva da sujeição do trabalhador)[[4]](#footnote-5), sempre na busca de melhoria da qualidade da prestação dos serviços e do próprio ambiente de trabalho. Todavia, cabe verificar se a referida utilização poderá ser exacerbada ao ponto de trazer consequências deletérias para o trabalhador.

O multicitado tema, nos dias atuais, é sobremaneira destacado, haja vista que os avanços da biogenética, especialmente com o descobrimento completo do código da vida (a cadeia de DNA do ser humano) tem propiciado o conhecimento jamais pensado pelo homem, ao ponto de se imaginar a ideia de já haver experiência com a criação de seres humanos perfeitos (eugenia), diante do mais completo acesso ao material genético humano[[5]](#footnote-6).

Com efeito, se a ciência já chegou a tal ponto, o que dizer da utilização de testes preditivos por empregadores, objetivando a busca de trabalhadores perfeitos, ou ainda, a alegada necessidade de conhecimento maior sobre a saúde de trabalhadores, nos casos de certas profissões de risco, ou que pela própria natureza da atividade, possam recomendar a utilização de testes para evitar a ocorrência de doença profissional, que supostamente poderiam ser evitadas, caso o trabalhador tivesse se submetido aos referidos testes preditivos. Importar ressaltar, assim, a importância do tema escolhido.

Neste sentido, cabe analisar, no presente trabalho, se a adoção dos multicitados testes preditivos ocasionará malferimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, haja vista que poderão importar em atos de discriminação de certas categorias de trabalhadores, notadamente de grupos minoritários, ou seja, de trabalhadores cujas características genéticas indicam maior propensão a contrair específicos tipos de enfermidade, observando sempre que a própria Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõe sobre o direito à liberdade de criação científica, cabendo assinalar, todavia, que o presente tema contempla um estudo que engloba além da genética, os campos do direito (especialmente dos direitos fundamentais), e da ética[[6]](#footnote-7), ou seja, o presente estudo importa, necessariamente, em uma análise interdisciplinar, diante das grandes transformações surgidas na Medicina, Engenharia Génética, Bioética e Bio-Direito[[7]](#footnote-8).

# 2. Plano da Dissertação

O presente trabalho tem por finalidade investigar a respeito da intervenção das informações genéticas na contratação de trabalhadores, ou seja, busca-se analisar o patrimônio genético e sua repercussão na contratação de trabalhadores. De efeito, nos dias atuais, em face do descobrimento completo do código de DNA humano, bem como dos avanços das pesquisas científicas, no campo da biogenética (inimagináveis até a década de 50 do século passado), indaga-se da possibilidade de empregadores utilizarem as referidas informações genéticas.

Neste sentido, contempla-se que, inicialmente, no primeiro capítulo, é efetuada uma abordagem sobre o contrato de trabalho e os direitos fundamentais, direitos estes que são garantidos a todos (os quais caracterizam o Estado Democrático de Direito), destacando-se os direitos à privacidade e à intimidade, os quais acompanham o cidadão/trabalhador em todos os momentos de sua vida, especialmente no desenvolver do contrato de trabalho. Assim, urge salientar que a contratação do trabalhador jamais poderá configurar uma redução de direitos para o trabalhador.

Os professores Lópes e La Rosa, na obra **Derecho Del Trabajo**, a propósito do tema dos Direitos Fundamentais, afirmam que: “*La celebración de um contrato de trabajo no implica em modo alguno, como se sabe, la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconece como ciudadano*”[[8]](#footnote-9).

Neste trilhar, o citado mestre López, em seu artigo denominado *Derechos fundamentales generales y relación laboral; los derechos constitucionales laborales inespecíficos*, aduz que o direito a intimidade se enquadra como “*derecho constitucional laboral inespecífico*”*,* ao lado dos outros direitos como o direito a não discriminação e a igualdade, *verbo ad verbum*:

igualdad y no discriminación, liberdad ideológica y religiosa, liberdad de expresión, de información, de reunión, a la tutela judicial efectiva, a no ser sancionado por acciones u omisiones que em el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracciones administrativa y a la educación.[[9]](#footnote-10)

Ou seja, tais direitos consagram a existência de uma espécie de esfera inviolável, reservada ao trabalhador, frente ao qual não pode o empregador fazer ingerência, sob pena de violação ao referido direito, haja vista que a garantia constitucional do direito à intimidade pessoal projeta-se no contrato de trabalho, através do direito ao respeito à intimidade e proteção diante de ofensas verbais, físicas ou de natureza sexual.

No referido Capítulo, realiza-se, outrossim, um ligeiro histórico e classificação dos direitos fundamentais, ressaltando-se a normatização Constitucional e infraconstitucional, nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal.

No Capítulo subsequente, discorre-se sobre o genoma humano, efetuando, inicialmente, uma abordagem sobre o projeto genoma humano, desde a origem do projeto, na década de 90, nos Estados Unidos (reunindo cientistas de diversos), com a finalidade de criar o mapa genético, buscando a localização precisa de cada gene, tendo por fim o sequenciamento do genoma humano (visando, por óbvio, a melhoria da qualidade de vida do ser humano), salientando, ainda, a relevância da abordagem sobre os aspectos ético, social e jurídico. Aborda-se, outrossim, os avanços no campo da Medicina preditiva e do rasteamento (*screening*), especificando o campo de ação e suas implicações, destacando em que momento os multicitados testes preditivos importam em malferimento de direitos fundamentais dos trabalhadores, haja vista que poderão impor atos de discriminação de certas categorias de trabalhadores.

No Capítulo III, é tratado o tema referente aos Instrumentos Internacionais e o genoma Humano, momento em que se analisa as principais Cartas, Tratados e Convenções, abordando-se, em primeiro, o Tratado de Roma, celebrado no ano de 1957, através do qual foi instituída a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), bem como o Tratado de Maastrit, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia, e, ainda, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (Convenção sobre o Genoma Humano). No referido Capítulo é analisado, outrossim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dizem respeito à discriminação no ambiente de trabalho.

Em seguida, no quarto Capítulo, efetua-se uma análise acerca da temática da identidade genética e a contratação de trabalhadores, à luz da legislação de Portugal, especialmente o Código de Trabalho, e a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, que normatizou a matéria da discriminação genética, bem como, à legislação brasileira, especificamente a Lei n.º 9.029/95 (proibindo a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa, objetivando o acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, dentre outros), analisando, ainda, o Projeto de Lei 4.610 de 1998 (definidor dos crimes relativos à discriminação genética), observando-se as hipóteses de implicação da informação genética sobre todo o transcurso das relações laborais.

Finalmente, são apresentadas as considerações finais, onde se destaca as formas de repercussão nas várias etapas da relação de trabalho, desde antes da contratação até a dispensa do trabalhador, efetuando, outrossim, uma análise do entendimento jurisprudencial, tanto dos Tribunais portugueses quanto brasileiros, em relação às atividades de maior risco.

# CAPÍTULO I - O Contrato de Trabalho e os Direitos Fundamentais

## 1.1. Noções conceituais

Inicialmente, deve ser salientado que o contrato de trabalho é uma espécie de contrato que, para além de ter caracteres próprios (pessoalidade, onerosidade, sinalagmático, não eventualidade), possui alguns aspectos que o torna *sui generis* (pois possui uma perspectiva colaborativa ou de comunhão de interesses, um caráter fiduciário), bem como há um grau de debilidade da liberdade de negociação[[10]](#footnote-11), diferenciando completamente dos demais, na teoria dos contratos, haja vista que a relação jurídica que se estabelece, no contrato de trabalho, envolve sujeitos de direito, e não entre um sujeito e um objeto[[11]](#footnote-12), decorrendo daí a característica da alteridade, a qual se traduz na execução do trabalho em benefício de outra pessoa (física ou jurídica), que vai usufruir os benefícios da referida prestação de serviço, suportando, assim, os riscos da atividade/empreendimento[[12]](#footnote-13).

Ressalte-se, a propósito, que, além da análise do Contrato de Trabalho, serão abordadas, obviamente, outras modalidades ou formas de contratação de trabalhadores ou prestadores de serviço, as quais possivelmente poderiam, também, ser influenciadas mediante utilização dos referidos testes preditivos pelas empresas, com a finalidade de buscar maiores conhecimentos sobre a saúde de trabalhadores, em processo de contratação ou já contratados.

Neste sentido, podemos dizer que o contrato de trabalho, tendo por objeto a regulação do trabalho livre e em proveito de outra pessoa[[13]](#footnote-14), pode ser definido como sendo o acordo de vontade, tácito ou expresso, entre trabalhador e empregador, mediante o qual o empregado põe à disposição do empregador sua força de trabalho, prestando tais serviços em caráter pessoal e subordinado, de forma não eventual, mediante pagamento de remuneração[[14]](#footnote-15), ou seja, como criação da vontade humana, tem a característica da pessoalidade em relação ao trabalhador[[15]](#footnote-16).

Diferencia-se, assim, o contrato de trabalho das demais modalidades de contratação de mão de obra, denominados de figuras afins[[16]](#footnote-17) ou similares (vizinhos ao contrato de trabalho), destacando-se o de prestação de serviço, com maior incidência e que apresenta elevado grau de dificuldade para distingui-lo[[17]](#footnote-18), conforme define o art. 1.154.º, do Código Civil Português (CCP)[[18]](#footnote-19), cabendo destacar, também, o disposto no art. 1.155.º, também do Código Civil Português, que trata das modalidades de contrato de prestação de serviço, quais sejam: o contrato de depósito, de mandato, e o contrato de empreitada, salientando-se que a distinção entre o contrato de prestação de serviço e o contrato de trabalho se encontra determinado por algumas características, como por exemplo, pelo caráter de retribuição existente, obrigatoriamente, no contrato de trabalho, e não necessariamente no contrato de prestação de serviço; pela prestação do objeto (de meios no contrato de trabalho, e de fins, na prestação de serviço); bem como pelo mais significativo ou determinante, a subordinação, sob as mais variadas formas[[19]](#footnote-20), ao ponto de observar a própria flexibilização deste elemento.

A propósito, observa-se que a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT define o que seria o contrato individual de trabalho. Em seu art. 442, descreve-o como sendo *o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*. A seu turno, o Código de Trabalho de Portugal apresenta uma definição mais minudente, salientando ser aquele contrato pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas, estabelecendo, outrossim, em seu artigo 12.º, as hipóteses em que se presume a existência do contrato de trabalho, bem como as penalidades para os casos em que houver a caracterização do referido contrato de trabalho.

De outra parte, relativamente à legislação brasileira, saliente-se a descrição de diversos contratos que se caracterizam como espécies do contrato de prestação de serviço (em sentido amplo), como os contratos de depósito (arts. 627 e 628 do Código Civil); b) de mandado (art. 653, do Código Civil); c) de empreitada(art. 610, do Código Civil); d) de agência(art. 710, do Código Civil); e) de corretagem (art. 722, do Código Civil); f) de transporte (art. 730, do Código Civil); h) de representação comercial (Lei n.º 4.886/65); e i) de contrato de trabalho (arts. 2º e 3º, da CLT). Cumpre salientar, ainda, a forma de contratação de trabalhador, mediante a denominada Pejotização, atualmente bastante utilizada no Brasil.

De efeito, a Pejotização pode ser definida como a contratação de um ou vários trabalhadores mediante criação de pessoa jurídica, devidamente inscrita nos órgãos governamentais de controle, na conformidade da legislação brasileira.

Neste sentido, cumpre realçar que, em muitos casos, se observa a utilização de formas disfarçadas (mediante criação da referida pessoa jurídica - PJ) para encobrir a existência de uma efetiva prestação de serviço subordinado efetuado por uma pessoa física, mediante controle e direção do efetivo patrão (empregador), objetivando subtrair à utilização da legislação trabalhista, vale dizer, das normas protetivas da relação de emprego, com a finalidade de reduzir os encargos fiscais e previdenciários, observando que, nesta hipótese, estamos diante de um caso específico de relação de emprego regido, obviamente, pelas normas constantes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), salientando-se que a referida modalidade de contratação é tida como precária[[20]](#footnote-21).

Nada obstante, contempla-se que, qualquer que seja a modalidade de contratação, a utilização dos dados genéticos do futuro trabalhador (mediante exame do genoma), para fins de verificação de possibilidade de contratação, ou ainda, para dispensa de trabalhador ou prestador de serviço, nos dias atuais, já não é tão incomum atualmente[[21]](#footnote-22). Aliás, a discriminação de trabalhadores não é matéria nova, consoante relatos de doutrinadores, sendo mencionando que, na década de 70 (do Século passado), já se tinha notícia de discriminação nos Estados Unidos, mencionando-se o caso dos pilotos americanos afro-descendentes que foram submetidos a testes genéticos, isto em decorrência de haver sido detectado que alguns americanos negros (oriundos de uma região do centro da África) poderiam ser possuidores de uma espécie de anemia, própria da referida região africana, ocasionando o desligamento do quadro de pilotos da Força Aérea americana daqueles pilotos cujo resultado foi positivo[[22]](#footnote-23).

Assim, após essa rápida abordagem sobre a conceituação do contrato de trabalho e os contratos afins ou similares, bem como tendo em vista a temática do presente trabalho (o exame da repercussão do patrimônio genético sobre a contratação de trabalhadores), contempla-se a necessidade (para melhor análise do tema) de efetuar uma apreciação sobre a origem, os fundamentos e as dimensões dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais trabalhistas, como também uma apresentação, uma visão da “concepção” dos referidos direitos nas Constituições portuguesa e brasileira.

## 1.2. Histórico dos direitos fundamentais

Em primeiro, averbe-se que a expressão “Direitos Fundamentais” surgiu na segunda metade do Século XVIII, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no auge do movimento político e cultural que atravessava a Europa, representando um avanço para a sociedade, caracterizando a formação do Estado Moderno, na medida em que buscava a limitação dos poderes dos soberanos absolutos, indicando, assim, o fim do Antigo Regime[[23]](#footnote-24). O Prof. J.J. Gomes Canotilho, ao salientar que o processo histórico não pode ser visto como completamente linear, cita também a Declaração de Direitos de Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 1776, afirmando que antes havia quase uma completa ausência do tratamento de tão relevante matéria[[24]](#footnote-25).

De segundo, verifica-se que a história dos Direitos Fundamentais está intimamente imbricado com o surgimento do Constitucionalismo, haja vista a existência, à época, de uma incessante luta da burguesia, postulando a redução do poder exagerado que eram detentores os monarcas, cabendo destacar, evidentemente, que essa limitação de poderes do soberano deveria acontecer por através de um instrumento, uma Carta Constitucional, com o surgimento do denominado Estado Constitucional (Estado liberal ou Estado de direito)[[25]](#footnote-26). É que o referido Estado liberal ou Estado de direito pressupõe a existência de uma carta política que dirige todos os poderes do Estado (dando nova feição ao Estado moderno, mediante a separação das funções de administrar, legislar e julgar), além de declarar os direitos dos cidadãos[[26]](#footnote-27). Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais foram insculpidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas Constituições, em final do Século XVIII, com a ideia ou finalidade de garantir a proteção do indivíduo contra a ação do Estado[[27]](#footnote-28), ou seja, com o objetivo de criar um campo de proteção que estivesse fora do alcance da ingerência do Poder Público[[28]](#footnote-29).

A propósito, contempla-se que o Século XIX foi o período de proeminência do Direito Privado, com o surgimento do Código de Napoleão, privilegiando o proprietário, tendo por escopo o pensamento liberal de que os indivíduos deveriam usufruir de segurança, propriedade e liberdade, estando o poder estatal distribuído por vários órgãos[[29]](#footnote-30). Assim, os direitos fundamentais seriam direitos dos particulares frente ao Estado, salientando-se que, naquela ocasião, passa o direito a ser aquilo que se encontra descrito na Lei e o Estado/Juiz passa a ser mero enunciador do comando geral e abstrato contido na Lei, sob o manto da neutralidade do intérprete[[30]](#footnote-31), terminando o referido século com o surgimento do Código Civil Alemão (BGB), aprovado em 1896, e que entrou em vigor em 01.01.1900. Tinha-se, então, uma concepção liberal de direitos fundamentais nos séculos XVIII e XIX[[31]](#footnote-32), vivenciando o liberalismo econômico.

Todavia, a partir do início do Século XX, passa-se a observar, paulatinamente, a influência do Estado, com a criação de normas de ordem pública no domínio do direito privado[[32]](#footnote-33), ou seja numa verdadeira mudança de eixo, passando a proteger o lado mais fraco das relações jurídicas, como por exemplo, o locatário, o consumidor, o trabalhador.

Nesta linha de evolução, verifica-se que, após a II Grande Guerra, a Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico nos Estados ocidentais. Assim, na Europa, inicialmente na Alemanha, e depois nos demais países, contemplando que a Lei (legislação infraconstitucional) deixou de ser o centro do Ordenamento Jurídico, e passou, então, a Constituição a cumprir o papel de supremacia do Estado, tendo força normativa e podendo ser fonte de direito para tutela/postulação de direitos (possuindo aplicabilidade direta e imediata), objetivando o cumprimento forçado, haja vista que dotadas de imperatividade[[33]](#footnote-34). Com efeito, passa o Ordenamento Jurídico a ser lido a partir da Constituição, havendo, assim, uma expansão da jurisdição Constitucional, com a criação de Cortes Constitucionais (a partir da segunda metade do Séc. XX, inicialmente da Corte Constitucional Alemã de 1951), ou, ainda, de Tribunal Supremo com a competência de examinar o sentido e o alcance da Constituição, podendo invalidar normas incompatíveis com a Constituição (exceção, Holanda, Nova Zelândia e Reino Unido), tendo por desiderato a conciliação, o equilíbrio entre o princípio da Justiça e a segurança jurídica, sempre examinado à luz dos elementos do caso concreto[[34]](#footnote-35).

Em Portugal, a Constituição de 1933 trouxe as primeiras normas garantidoras de direitos sociais[[35]](#footnote-36), sendo certo que, após longo período, verificou-se a reconstrução da democracia (com a derrubada da ditadura Salazarista), havendo a promulgação da Constituição democrática de 1976, que propiciou o desenvolvimento do Estado Social, enquanto que, no Brasil, algo semelhante também ocorreu, com a Constituição de 1934, bem como, após o término do Regime Militar, foi promulgada a Constituição Federal (CF) de 1988[[36]](#footnote-37). Ambas as Constituições, no que concerne aos Direitos Fundamentais, foram pródigas em disciplinar e garantir tais direitos, notadamente dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

Neste trilar, cabível uma observação respeitante à colocação da Constituição como fonte qualificada de Direito do Trabalho, ao ponto de se reportar à existência de uma espécie de Constituição do Trabalho[[37]](#footnote-38), destacando-se que tal fato também ocorre no Brasil.

## 1.3. Classificação dos direitos fundamentais

Inicialmente,ressalte-se que as expressões “Direitos Fundamentais” e “direitos do homem” possuem significados diversos, haja vista que por direitos fundamentais pode ser entendido, em uma concepção jusnaturalista e universalista, como sendo aqueles direitos que têm validade para todos os homens, em um ordenamento jurídico (em qualquer tempo), ou seja, que sejam positivamente constitucionalizados, enquanto que direitos do homem seriam aqueles direitos inerentes ou derivados da própria natureza ou da própria condição humana[[38]](#footnote-39), diferenciando, ainda, os direitos do homem e os direitos do cidadão, pois estes últimos seriam os direitos do homem enquanto indivíduo que convive em sociedade, enquanto que os primeiros (*direitos do homem*) seriam os direitos do homem individualmente considerados[[39]](#footnote-40).

De segundo, deve ser destacada a evolução dos Direitos Fundamentais, salientando-se que, em princípio, foi reconhecida a expressão “gerações dos Direitos Fundamentais”. Assim, registre-se, de logo, que os direitos de liberdades individuais corresponderiam à primeira geração (exigindo do Estado um abster-se, ou seja, o Estado teria uma postura de respeito à Liberdade do indivíduo). Já os direitos sociais, culturais e econômicos seriam os direitos de segunda geração (requerendo um *facere*, uma atitude positiva do Estado, no sentido de garantir a realização de direitos por parte dos cidadãos), enquanto que a terceira geração corresponderia aos direitos ao meio ambiente, à proteção ao patrimônio histórico e cultural[[40]](#footnote-41). Ademais, o Prof. Paulo Bonavides ainda menciona os direitos de quarta e quinta gerações, destacando que o direito à democracia, à informação e ao pluralismo corresponderiam aos direitos da quarta geração, enquanto que o direito à paz corresponderia a um direito fundamental de quinta geração[[41]](#footnote-42).

A propósito, verifica-se que a referida expressão “geração de direitos” (cunhada na segunda metade do século passado) não seria a mais apropriada para se tratar de Direitos Fundamentais. De efeito, contempla-se que a expressão “dimensões de direito” pode ser entendida como mais apropriada, à medida que denota que uma dimensão não exclui a anterior, enquanto que a expressão gerações de direito pode levar ao entendimento de exclusão de uma geração pela seguinte, salientando que os direitos são de todas as gerações, havendo uma preferência, atualmente, no uso da expressão dimensões dos direitos fundamentais[[42]](#footnote-43), observando-se que, igualmente, Ingo Sarlet também menciona a expressão dimensão[[43]](#footnote-44), enfatizando que a discrepância é somente no que diz respeito à terminologia, realçando a existência de três ou quatro dimensões dos direitos fundamentais, os quais se encontram em constante processo de evolução[[44]](#footnote-45).

Possuem, assim, os direitos fundamentais um caráter de universalidade e indivisibilidade, conforme princípios insculpidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de Viena de 1993[[45]](#footnote-46). Ressalte-se, ainda, que atualmente já existe menção à sexta e sétima dimensões de direitos fundamentais, destacando que corresponderiam à sexta dimensão os direitos à democracia, à liberdade de informação, ao direito à informação e ao pluralismo político, enquanto que o direito à probidade e à boa administração corresponderia à sétima geração[[46]](#footnote-47) .

Neste diapasão, contempla-se que os Direitos Fundamentais podem, outrossim, ser classificados em específicos e inespecíficos[[47]](#footnote-48), observando-se que os Direitos Fundamentais específicos são direitos constitucionais que dizem respeito a uma determinada “categoria” de cidadãos, como os trabalhadores (em perspectiva com os empresários), enquanto que os direitos constitucionais inespecíficos se traduzem em direitos constitucionais próprios das pessoas que vivem em sociedade, independentemente de sua vinculação a esta ou aquela categoria de pessoas, isto é, decorrem da própria condição de cidadão, razão pela qual o trabalhador, mesmo antes de celebrar um contrato de trabalho, é possuidor de tais direitos, como o direito à intimidade, igualdade, não discriminação, liberdade religiosa e ideológica, liberdade de expressão, de informação, de reunião, dentre outros.

Assim, tais direitos fundamentais, que se mostram anteriores à formalização de seu contrato de trabalho, são ditos direitos fundamentais inespecíficos[[48]](#footnote-49), distinguindo-se dos direitos fundamentais trabalhistas específicos.

Neste diapasão, contempla-se que, nada obstante tenha o empregador o controle de todo o processo produção, inclusive podendo utilizar-se do seu poder diretivo e disciplinar (dirigindo o trabalho como melhor lhe aprouver e impondo sanções ao seu empregador), o trabalhador, ao firmar seu contato de contrato, traz para dentro da referida relação fático-jurídica, certos direitos que são imanentes à sua condição de cidadão, os quais não podem e nem devem ser olvidados pelo empregador (especialmente o direito à privacidade)[[49]](#footnote-50).

## 1.4. Positivação no Brasil

Inicialmente, averbe-se que a Constituição Federal de 1988, na esteira das mudanças ocorridas na segunda metade do século passado (em decorrência principalmente do cenário após o término da II Guerra, bem como, do final do período de intervenção militar, apresentando ao País novos ventos de democracia), elencou, em seu art. 1º, como fundamentos, dentre outros, adignidade da pessoa humana, estando, assim, a demonstrar que todo o arcabouço normativo estará permeado, amalgamado pelo axioma do máximo respeito à dignidade do ser humano.

De fato, cabe destacar “o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem”[[50]](#footnote-51). Ademais, igual relevo emprestou ao “trabalho” e à “livre iniciativa”, ao colocá-los também como fundamentos da República, a demonstrar a relevância que o valor trabalho empresta ao indivíduo na sociedade moderna, indicando, outrossim, que toda a interpretação constitucional deverá ser efetuada tendo em mira tais fundamentos.

Neste sentido, cumpre assinalar, de logo, o princípio da igualdade de todos, perante a Lei, sem qualquer distinção, ressaltando-se a igualdade entre homens e mulheres (Art. 5º, *caput* e inciso I). A propósito, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF), em matéria de apreciação de igualdade trabalhista entre trabalhador brasileiro e estrangeiro, assentou que, na conformidade do comando constitucional retromencionado, é inaplicável qualquer forma de discriminação baseada em raça, sexo, cor ou nacionalidade, *expressis verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Nº 161243-DF

Relator(a):  Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento:  29/10/1996           Órgão Julgador:  Segunda Turma

Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756

Parte(s):

RECTE.: JOSEPH HALFIN

ADVDO.: ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTROS

RECDO.: COMPAGNIE NATIONALE AIR FRANCE

ADVDOS.: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido”[[51]](#footnote-52).

Do referido princípio se espraia toda uma teia de proteção à cidadania, especialmente o primado da impossibilidade de discriminação.

Ademais, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo II (Dos Direitos Sociais), consagrou um elenco de disposições de Direitos Fundamentais individuais e coletivos dos Trabalhadores. Assim, o art. 6º assegura o Trabalho, dentro outros, como direito social, na forma ali estabelecida. A seu turno, o art. 7º consigna uma gama de direitos trabalhistas individuais, os quais foram alçados à garantia de direitos constitucionais, com o fito de evitar possível retirada de tais direitos, posteriormente, pelos legisladores infraconstitucionais [[52]](#footnote-53).

No tocante aos direitos coletivos, o art. 8º consagra as garantias maiores para as associações sindicais, estabelecendo os requisitos para criação dos Sindicatos, a forma de atuação, os direitos e interesses a serem defendidos, bem como, a obrigatoriedade de participação das entidades sindicais nas negociações coletivas, além de estabelecer o princípio da unicidade sindical e a estabilidade provisória do dirigente sindical, desde o registro da candidatura até um ano após o mandato[[53]](#footnote-54).

No que concerne à legislação infraconstitucional brasileira, até o final de 2017, havia a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[[54]](#footnote-55), a qual, nada obstante tenha sido incorporado ao Ordenamento Jurídico na década de 40 do século passado (mais precisamente em 01.05.1943), foi ao longo de sua existência atualizada (mediante alterações constantes, com o objetivo de acompanhar às mudanças havidas na sociedade e no próprio mercado de trabalho), ou seja, trata-se de uma legislação que ao longo dos anos foi sendo efetivamente atualizada, regulando as novas relações de trabalho, inclusive o tele-trabalho (art. 6º, da CLT), o trabalho a tempo parcial (art. 58-A, da CLT), contrato temporário (Lei 6.019/74), dentre outras modalidades de trabalho. Contudo, no final de 2017, entrou em vigor a denominada “reforma trabalhista”[[55]](#footnote-56), efetivada através da Lei nº 13.467, de 13.07.2017 (cujo objetivo segundo informava o Governo Federal era modernizar a legislação trabalhista, a fim de criar novas vagas de trabalho)[[56]](#footnote-57).

## 1.5. Positivação em Portugal

A seu turno, a Constituição de Portugal, ao abordar o tema dos direitos fundamentais, estabeleceu que os referidos direitos fundamentais previstos na Constituição não afastam a existência de outros constantes em Leis ou de regras de direito internacional, conforme explicitado no artigo 16.º, devendo tais preceitos serem interpretados em estreita sintonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Cumpre destacar, outrossim, as disposições dos artigos 25.º e 26.º, especialmente no que concerne à inviolabilidade da integridade física e moral (art. 25.º, 1.), bem como da proteção da intimidade da vida privada e familiar contra qualquer forma de discriminação (art. 26.º, 1.), salientando, ainda, a garantia a identidade pessoal e a identidade genética do ser humano, especialmente quanto à criação, bem assim, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias e experimentação científica, as quais possam importar em abusos e descriminação.

Por outro lado, o Código do Trabalho de Portugal[[57]](#footnote-58), em seus artigos 14.º ao 22.º, contempla os direitos de personalidade, cabendo ressaltar o direito à proteção de dados pessoais, previsto no artigo 17.º, bem como da proteção de dados biométricos (artigo 18.º), e, ainda, a proibição de exigência de realização de testes e exames médicos, seja de que natureza for, objetivando à comprovação de condições físicas ou psíquicas, com vistas à contratação de trabalhadores (artigo 19.º).

## 1.6. Os direitos da personalidade próprios da relação de trabalho: direitos fundamentais no contrato de trabalho.

A Constituição da República Portuguesa no Título II, Capítulo I, que trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais, reconhece, no artigo 26.º, um conjunto de direitos fundamentais, dentre os quais o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem como, proteção contra quaisquer formas de discriminação, garantindo proteção à dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano.

Observa-se que o direito à intimidade representa a parte mais sensível de cada pessoa, os dados mais caros a cada cidadão. A doutrina, objetivando explicar o referido direito, destaca a teoria dos círculos concêntricos (ou teoria das esferas), onde temos três círculos superposto, destacando que a circunferência mais externa seria a privacidade (enfeixando um grande número de relações interpessoais mais raras, podendo fazer parte alguns dados de interesse público), enquanto que a circunferência intermediária corresponde à intimidade (diz respeito à confidencialidade, a própria vida social do indivíduo, inclusive sobre aspectos da vida profissional). Já a circunferência mais interna é a parte mais intima de cada pessoa, isto é, o núcleo duro da intimidade do ser humano, o recôndito de sua esfera íntima[[58]](#footnote-59).

Assim, em princípio, no campo do contrato de trabalho, v.g., não é admissível que o empregador tenha acesso a informações pessoais do trabalhador, porquanto tal atitude corresponde a uma intromissão ilegítima[[59]](#footnote-60).

De igual modo, o artigo 35.º, da referida Constituição da República, estabeleceu o “direito à proteção de dados pessoais”, destacando-se que esta expressão representa o direito de acesso aos dados; o direito de salvaguardar a veracidade ou exactidão dos referidos dados e o direito de exigir que o tratamento de tais dados seja adequado à finalidade deste[[60]](#footnote-61), conforme assinala o Dr. Luis Novais Lingnau da Silveira, Presidente da Comissão Nacional de Protecção de Dados, salientando-se que esta previsão Constitucional tem o condão de evitar qualquer retrocesso por parte do legislador infraconstitucional, ao estabelecer que a matéria será regulada em Lei.

Ressalte-se que o artigo 35.º, 1, estabelece o direito de cada cidadão de acesso aos seus dados informatizados, esclarecendo que os dados em ficheiros físicos (não informatizados) usufruem das mesmas garantias previstas para os dados informatizados, observando-se, portanto, que a garantia constitucional à proteção dos dados é a mais ampla possível, pois através da Revisão Constitucional de 1997 foi ampliada essa garantia[[61]](#footnote-62).

Insta salientar, por oportuno, que, atualmente, estamos cada vez mais vulneráveis, em decorrência das novas tecnologias, bem como dos avanços no campo da bio-genética, especialmente quanto à repercussão nos direitos fundamentais. A propósito, o Professor José de Oliveira Ascensão, em artigo publicado na Revista Mestrado em Direito, do Centro Universitário FIEO, de Osasco-SP, após criticar a banalização dos direitos fundamentais, discorre sobre a vulnerabilidade do ser humano, em face das novas tecnologias, nos dias atuais[[62]](#footnote-63), a qual implica no não resguardo do princípio da intimidade, a demonstrar, portanto, a necessidade de amplo estudo e análise do tema.

No plano infraconstitucional, o Código Civil Português consagra a tutela geral da personalidade, em seu artigo 70.º, estabelecendo a proteção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral, destacando-se três tipos de proteção, quais sejam, proteção moral, física e vital.

No mesmo sentido, o artigo 80.º, do referido Código Civil Português, consagra a regra de que “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”, bem como que “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Verifica-se, portanto, que a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural é regra tida como imutável.

Relativamente à proteção de dados na relação de trabalho, o Código de Trabalho Português consagra, em seu artigo 17.º, a proteção geral dos dados pessoais, estabelecendo ser defeso ao empregador exigir do candidato a emprego que forneça informações referentes à vida privada, ao seu estado de saúde ou gravidez, excetuando-se a hipótese de que tais informações estejam diretamente vinculadas ao exercício do trabalho, necessitando a justificativa por escrito, destacando que tais informações são prestadas diretamente ao médico, cabendo a este informar, tão somente, ao empregador a aptidão (ou não) para o desempenho do labor, tendo o trabalhador o mais amplo direito ao controle dos respectivos dados (de caráter pessoal) fornecidos ao empregador. É que, nada obstante tenha o empregador à sua disposição os equipamentos de acesso aos dados (por ser proprietário de tais bens), não possui um controle completo sobre tais dados, pois cabe respeitar a privacidade de seus empregados, sendo certo que as referidas informações ficam sujeitas à legislação que regula a proteção de dados pessoais[[63]](#footnote-64).

Neste sentido, cabível, em face do caráter de precedente normativo, o exame da Lei n. 67/98, de 26 de outubro, a qual transpôs, para o ordenamento jurídico português, a Directiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. A referida Lei decorreu da determinação Constitucional de regulação do direito à protecção dos dados pessoais (artigo 35.º, 2), mediante aprovação de Lei pela Assembleia da República.

Esclareça-se, a propósito, conforme lição do mestre Pinheiro, em sua magistral obra “*Privacy* e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional”, que a referida Lei de Protecção de Dados aplicava-se ao tratamento de dados pessoais, tanto informatizados como manuais[[64]](#footnote-65).

O princípio geral da Lei n. 67/98, de 26 de outubro, foi de transparência e de estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais, no processamento de dados pessoais, conforme insculpido no artigo 2º, da referida Lei.

Neste diapasão, contempla-se que a referida Lei dispunha sobre objeto, princípio geral, âmbito de aplicação, tratamento de dados sensíveis, relativos a suspeitas de atividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações cabendo à Comissão Nacional de Protecção de Dados-CNPD autorizar a aplicação de penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias, observadas as normas de protecção de dados e de segurança da informação.

Nada obstante, imprescindível se torna ressaltar, ainda, que, no âmbito do direito comunitário europeu, foi aprovada, pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), em data de 15.04.2016, havendo entrado em vigor dois anos depois, ou seja, em 25.05.2018, impondo a revogação da Directiva n.º 95/46/CE. Ademais, destaque-se que, em 14 de junho de 2019, a Assembleia da República aprovou a Lei de execução do referido novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados RGPD. Como se trata de um regulamento da União Europeia, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, desde 25.05.2018 (artigo 99.º), já teria aplicação, pois o regulamento ingressa diretamente no Ordenamento Jurídico dos países membros da União Europeia, não necessitando de transposição, como a Directiva.

Neste diapasão, imprescindível a análise da Lei 58/2019, de 08 de agosto, aprovada pela Assembleia da República, conforme acima referida (a qual revogou a Lei 67/98, de 26 de outubro), cujo objetivo é a execução, na ordem jurídica portuguesa, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, alterando, outrossim, a Lei n.º 43/2004 (alterada pela Lei n.º 55-A/2010), que regula o funcionamento da Comissão Nacional de Protecção de Dados-CNPD.

Destaque-se, inicialmente, que a referida Lei contempla 68 artigos, regulando minudentemente a matéria, pois abrange o objeto, âmbito de aplicação, regula a Comissão Nacional de Proteção de Dados, dispõe sobre o Encarregado de Proteção de dados, bem como sobre a acreditação, certificação e código de conduta, consentimento de menores, além dispor sobre situações especiais, como liberdade de expressão, relações laborais, tratamento de dados de saúde e dados genéticos, dentre outros.

No que concerne ao âmbito de aplicação, registre-se que a referida Lei se aplica ao tratamento de dados pessoais realizados fora do território de Portugal, nas seguintes hipóteses: nos casos em que sejam efetuadas no âmbito de atividade de um estabelecimento situado no território de Portugal; nos casos em que afetem titulares de dados situados no território de Portugal; e nos casos em que se refiram a dados que estejam inscritos em postos consulares de que sejam titulares portugueses residentes no estrangeiro, consoante dispõe o artigo 2.º, da Lei 58/2019.

De outro passo, ressalte-se as disposições do Capítulo II, sobre a Comissão Nacional de Protecção de Dados-CNPD, destacando se tratar de entidade administrativa independente, possuindo personalidade jurídica de direito público, com poderes de autoridade, dotada de autonomia administrativa e financeira, que funciona junto da Assembleia da República, sendo a autoridade de controle nacional, relativamente ao Regulamento Geral de Proteção de Dados-RGPD, conforme disposições dos artigos 3.º e 4.º, da Lei 58/2019.

Na conformidade do disposto no artigo 37.º, n.º 5, o Encarregado de Proteção de Dados é designado com esteio nas suas qualidades profissionais, especialmente com base em seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, não necessitando de certificação profissional, exercendo sua função com autonomia técnica, conforme estabelece o artigo 9.º, da Lei 58/2019.

Quanto às situações especiais, especificamente ao consentimento de menores, ressalte-se que a idade de consentimento requerida para o tratamento de dados é de 13 anos, devendo o consentimento de menor de referida idade ser fornecido pelos representantes legais.

Referentemente às relações laborais, os empregadores podem efetuar o tratamento de dados de seus empregados, tendo como balizamento as disposições do Código de Trabalho e a legislação complementar (artigo 28.º), cabendo ressaltar que as gravações de filmagem ou outros dados pessoais, registrados através de sistema de vídeo ou qualquer outro meio tecnológico de vigilância, somente podem ser utilizados em processo penal, conforme estabelece o artigo 28.º, 4.

De outro passo, o consentimento do empregado, na conformidade do disposto no artigo 28.º, 3, não pode constituir requisito de legitimidade de tratamento dos seus respectivos dados pessoais em caso do referido tratamento de dados redundar em vatagem jurídica ou econômica para o empregado ou, ainda, se o tratamento for imprescindível para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados, salvo norma legal em contrário.

Ademais, o tratamento de dados de saúde e de dados genéticos regula-se pelo princípio da necessidade de conhecimento da informação, esclarecendo-se que o mencionado tratamento deve ser executado por profissional obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita a dever de confidencialidade, sendo efetivado exclusivamente por meio eletrônico, conforme disposto no artigo 29.º, da referida Lei 58/2019.

Quanto à responsabilidade por dano sofrido, assevere-se que o suposto lesado pode apresentar queixa à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD), bem como demandar uma tutela administrativa (artigo 32.º) contra decisões e omissões da CNPD (nestes casos de competência dos tribunais administrativos), ou, ainda, demandar contra o responsável pelo tratamento dos dados (não afasta ou substitui, obviamente, a intervenção do Poder Judiciário, porém deve atuar em sintonia, em complementação, podendo agir por sua própria iniciativa, destacando que não possui o formalismo do Poder Judiciário, pois sendo entidade administrativa, atuaria mediante as regras do procedimento administrativo.

Cumpre ressaltar, ainda, que o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais não prejudica o exercício da liberdade de expressão, informação e imprensa (artigo 24.º, 1), haja vista que a mencionada Lei consagra o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

Por outro lado, diretamente vinculado à problemática dos direitos de personalidade e sua incidência quanto às relações de trabalho, cabe destacar as disposições do artigo 35.º, 3, da CRP, que trata dos dados sensíveis. Averbe-se que por dados sensíveis deve ser entendido como aqueles dados que dizem respeito à esfera mais essencial das pessoas, mais íntima do ser, devendo ser tutelados (direito à autodeterminação informativa). Ademais, sobreleva destacar que, conforme disposto no referido artigo, tais dados pessoais não podem ser utilizados para controle, objetivando averiguação de convicções filosóficas, políticas, religiosa, vida privada e origem ética das pessoas.

Sobre o referido tema dos dados ditos sensíveis, o recitado Prof. Alexandre Sousa Pinheiro aduz que os dados atinentes à saúde integram os dados ditos sensíveis, de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, (Ac. TC - n.º355/97)[[65]](#footnote-66)*, in verbis*:

Os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e finan­ceira (Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., pág. 218), fazem parte da vida privada de cada um (Paulo Mota Pinto, ob. cit., pág. 527) - (Ac. TC - n.º355/97)[[66]](#footnote-67).

Neste mesmo sentido, importante destacar que, em casos especiais, como por exemplo, a pessoa que trabalha com crianças, onde se faz necessário apresentação de certidão criminal (certificado de registro criminal), objetivando evitar a contratação de indivíduo que tenha condenação penal por delito de pedofilia, sem que tal fato venha a ofender a intimidade do trabalhador, à medida que diz respeito a uma condição especial para contratação de pessoal.

Ademais, nos casos em que a empresa recebe, por ocasião da admissão, autorização do trabalhador para ter acesso a seus dados pessoais, tal fato não autoriza a empresa a buscar informações sobre a intimidade do trabalhador, pois se trata consentimento viciado, posto que concedido no momento da contratação, salvo se esta informação tenha exata ligação com o trabalho, como por exemplo nos casos de contratação de trabalhador para o cargo de vigilante armada, onde é imprescindível a verificação dos antecedentes do contratado, salientando-se que, afora referidas hipóteses, a intimidade do trabalhador é uma esfera na qual não se admite qualquer intromissão, as quais impliquem em um conhecimento de informação não autorizado e não desejado que possa ser gerado nesse círculo[[67]](#footnote-68).

De outro passo, quanto ao tratamento de dados biométricos na relação de trabalho, necessário destacar, de logo, que em referência ao controle de presença não há qualquer objeção quanto à utilização dos dados, haja vista que não importa em invasão de privacidade, mas tão somente na estipulação de controle para fins de estabelecimento de jornada de trabalho, bem como de verificação de trabalho em jornada suplementar[[68]](#footnote-69), posto que não importa em violação ao direito de privacidade, à medida se trata de simples análise de dados, sem interferência na vida privada do trabalhador, conforme consta dos “Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade”, onde restou consignado que “a operação de recolha das características biométricas com a finalidade de controlo do horário de trabalho não envolve, em si mesmo, uma violação da integridade física do trabalhador, do seu direito à privacidade ou da sua intimidade”[[69]](#footnote-70), sendo evidente que o início de referida operação deverá ser efetivada mediante adesão, não devendo ser imposto aos trabalhadores, cabendo destacar, obviamente, as limitações para tratamento de tais dados, especificamente que não poderá o empregador, a pretexto de tratamento dos dados (para efeito de controle de jornada de trabalho), desviar a utilização para outros fins.

Ademais, insta esclarecer que a recolha de dados não pode ser excessiva, ou seja, devem ser observados os princípios da adequação e pertinência, em vista da finalidade a que se destina o recolhimento ou tratamento de tais dados[[70]](#footnote-71), cabendo, outrossim, a adoção de medidas de segurança, tendo em vista que estes registros de dados devem ter acesso reservado, em decorrência da natureza e sensibilidade da informação[[71]](#footnote-72).

Ademais, cumpre assinalar que o Código do Trabalho de Portugal (CTP), em seu artigo 19.º, estipula a proibição de exigência de realização de testes e exames médicos, seja de que natureza for, objetivando à comprovação de condições físicas ou psíquicas, com vistas à contratação de trabalhadores ou manutenção do contrato de trabalho, excetuando as hipóteses de proteção e garantia de segurança do próprio trabalhador ou de terceiros.

Neste trilhar, cumpre observar que a tarefa de tratamento desses dados se torna bem delicada, verificando-se a necessidade de existência de alguma sensibilidade no tratamento de tais dados, atinentes à saúde dos trabalhadores[[72]](#footnote-73), não podendo ser efetuado seguindo uma regra geral, ou seja, o montante de dados de saúde obtidos será diretamente proporcional às exigências da profissão a ser desempenhada, cabendo o exame caso a caso[[73]](#footnote-74).

Referentemente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, contempla-se que a Constituição Federal de 1988especifica a proteção intimidade, no art. 5º, X, resguardando o direito à intimidade e a privacidade do indivíduo, garantindo o direto de indenização pelo dano material ou moral causado, não podendo ser objeto de emenda tendente a abolir o mencionado direito, porquanto se trata de direito fundamental, consoante previsto no art. 60, § 4, IV, da referida Constituição de 1988, bem como o mesmo art. 5º, XII, garante o sigilo de 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.

Observa-se, de outro passo, que, no Brasil, somente recentemente, em agosto de 2018, a matéria atinente à proteção de dados foi devidamente regulada, por através da Lei nº 13.709, de 14.08.2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), com as alterações da Lei nº 13.853, de 08.07.2019 (nitidamente influenciada pela legislação da União Europeia), é que a matéria foi regulada, pois estabeleceu os fundamentos, objeto, campo de aplicação, princípios e tratamento de dados sensíveis, passando, assim, o Brasil a fazer parte dos países que contam com uma legislação protetora de dados pessoais, especialmente no que pertine ao respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, destacando que a referida Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) somente entrará em vigor em 15.08.2020.

Ademais, verifica-se que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019, que tem por finalidade incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, bem como fixa a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, acrescentando o inciso XII-A, ao art. 5º, bem como o inciso XXX ao art. 22, da Constituição Federal, ou seja, ao mesmo tempo que reconhece a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental, estabelece que compete privativamente à União Federal legislar sobre a matéria de proteção e tratamento de dados pessoais.

A referida PEC tramitou no Senado Federal e ali foi aprovada, no segundo turno de votação, em data de 02.07.2019. Cumpre ressaltar que a Proposta de Emenda Constitucional foi aprovada sem qualquer voto contrário, em uma verdadeira demonstração de que o Senado Federal brasileiro entende que especificar na Constituição a referida temática significa destacar a importância e valorização da matéria de proteção de dados, em âmbito Constitucional, porquanto traz maior segurança jurídica para a sociedade (pois como direito fundamental se torna cláusula pétrea, não podendo ser objeto de apreciação proposta de emenda com a finalidade de abolir direitos e garantias dos cidadãos, conforme estabelece o art. 60, § 4º, IV, da referida Constituição Federal), havendo sido, regimentalmente, enviada para apreciação pela Câmara dos Deputados.

Destarte, com a aprovação da multicitada Emenda Constitucional pela Câmara dos Deputados (cuja tramitação se encontra, atualmente, em fase adiantada na Comissão especial, sob a relatoria do Deputado Orlando Silva, do Partido Comunista do Brasil/São Paulo (PC do B-SP), colocar-se-á o Estado brasileiro em mesmo patamar que países mais desenvolvidos, como Estados Unidos, Canadá e países integrantes da União Europeia.

# CAPÍTULO II - O Genoma Humano: Identidade Genética

## 2.1. Origem

O conhecimento científico buscou sempre entender as características do ser humano, notadamente sobre sua composição física. O vocábulo *Genoma* foi empregado pela primeira vez, em 1920, por Hans Winkler, professor e cientista botânico alemão, indicando o conjunto de genes de um organismo. O Dicionário Oxford indica que o termo genoma seria formado pela combinação (*portmanteau*) de gene e cromossomo[[74]](#footnote-75).

O Conselho Internacional de Língua Francesa apresentou, em 1991, a definição do genoma como um conjunto de genes, em seu Dicionário de Genética[[75]](#footnote-76). Por genoma, podemos compreender como sendo conjunto em sequência de nucleotídeos que forma o DNA (do inglês deoxyribonucleic acid) de uma espécie, salientando-se que os genes são os segmentos do DNA, os quais contém as informações genéticas únicas de cada ser.

Por outro lado, o termo Bioética foi utilizado pela primeira vez, no ano de 1927, pelo pastor e teólogo alemão Paul Max Fritz Jahr, no artigo “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos com os animais e plantas”, publicado na Revista Kosmos. Todavia, somente no ano de 1971, com a publicação do livro “Bioética: uma ponte para o futuro”, do professor e cientista americano Van Renseelaer Potter, foi definido o objetivo maior da criação desta nova disciplina, que coincide com o próprio objetivo do Projeto Genoma Humano, qual seja, buscar uma melhoria na qualidade de vida do ser humano[[76]](#footnote-77), conforme adiante será examinado detalhadamente.

Neste sentido, cumpre salientar que, no início deste novo século XXI, dois temas da Bioética estão na ordem do dia: o problema da genética (incluindo o projeto do Genoma Humano) e o drama da saúde pública e coletiva (especialmente as desigualdades entre as populações mais pobres e as mais ricas), destacando que, nada obstante as propostas da Organização Mundial de Saúde (OMS), objetivando a criação de uma nova política Global de Saúde, lançada em 1978, o que se observou foi o aumento da exclusão social. Porém, no final do século XX, buscando uma nova ética para o tratamento da questão, foi realizado, em Tóquio, o 40º Congresso Mundial de Bioética, cuja temática central foi justamente a Bioética Global, procurando colocar em debate o problema da melhoria na qualidade de vida do ser humano e a cidadania, sobressaindo, ainda, que foi firmada, no ano anterior (1.997), a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos[[77]](#footnote-78), sendo certo que a referida questão está intimamente relacionada com as garantias dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao direito à cidadania em concreto, mediante realização de políticas de saúde pública.

Ademais, verifica-se que o estudo das informações genéticas tem vinculação com vários campos do conhecimento jurídico, v. g., do Direito Civil, como as repercussões sobre as disputas atinentes às questões de filiação, bem como os possíveis desdobramentos sobre os direitos de personalidade (especificamente sobre a intimidade das pessoas), repercussão sobre os processos criminais, questões atinentes aos riscos em contrato de seguros, demandas referentes à patentes, além da repercussão no campo do direito do trabalho, referentemente à discriminação no acesso ou manutenção do trabalho[[78]](#footnote-79).

Assim, as pesquisas científicas sobre o genoma humano passaram a ser uma das grandes preocupações do homem moderno. A propósito, sobre a composição física de cada ser humano, tem-se que o genoma humano se traduz pelo conjunto de material genético do indivíduo, sendo comparado pela Prof.ª Barbas a uma tese[[79]](#footnote-80), onde se encontram todas as instruções necessárias a formação da pessoa, destacando que a tese se divide em capítulos, que são os cromossomas (23 pares, sendo 23 gametas masculinos e os 23 gametas femininos). Já os capítulos estariam organizados em secções que seriam os genes, os quais são transmitidos de geração à geração, transferindo os dados hereditários para os descendentes, ou seja, o genoma humano é o suporte e o caracterizar físico e psíquico da personalidade humana.

A informação genética do indivíduo está devidamente codificada através da sequência ordenada de quatro bases - adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G), salientando-se que a referida composição é responsável pela diversidade dentro da espécie. As várias combinações são lidas por meios de diferentes métodos químicos reconhecendo-se os genes respectivos e determinando os fragmentos de DNA, sendo certo que a partir de tais estudos foi construindo-se o mapeamento genético, destacando-se que as pesquisas começaram por volta do ano de 1953, efetivadas pelos doutores James D. Watson e Francis Crick que distinguiram com clareza a estrutura de uma molécula de DNA, da seguinte forma: duas cadeias de nucleotídeos enlaçadas com a estrutura de uma dupla hélice[[80]](#footnote-81).

Neste sentido, temos que o genoma humano consiste no conjunto de combinações ordenados da sequência do DNA, representando o cerne da diversidade e das possibilidades de evolução da espécie humana, conforme leciona a Prof.ª Barbas, afirmando que o genoma “é o grande livro da vida, que contém o *registro* de todas as *vicissitudes* e *invenções* que caracterizam a história da *espécie* humana e dos seus *ancestrais* logo a partir dos seus primórdios”[[81]](#footnote-82).

Ressalte-se que foi o biólogo belga Walter Fiers, em 1972, quem primeiro determinou a sequência genética para a proteína de revestimento de um vírus. Posteriormente, o cientista inglês (duas vezes ganhador do Prêmio Nobel de Química), Fred Sanger, no ano de 1977, efetuou o primeiro sequenciamento do genoma de um organismo completo (vírus fago, denominado Phi-X174), ressaltando-se que, no ano de 1981, sua equipe de cientistas efetivou a sequenciação do genoma mitocondiral humano[[82]](#footnote-83).

Consigna-se, a propósito, que as pesquisas no campo da Medicina Genética possibilitaram inúmeros avanços. De efeito, mediante o conhecimento adquirido pelos estudos do genoma humano, tornou-se possível a busca da cura de várias doenças de origem genética, como a hipercolesterolemia familiar, a diabetes mellitus e a talassemia beta, representando tais estudos, a toda evidência, inúmeros benefícios para a sociedade, melhorando a qualidade de vida em todo o mundo. Os referidos estudos/pesquisas efetuam o isolamento de genes vinculados às mutações genéticas relacionadas com câncer, doença de Alzheimer e doenças cardiovasculares, ou seja, através do estudo do genoma humano se torna possível o diagnóstico e o rastreio de várias enfermidades genéticas, monogenéticas ou multifatorias[[83]](#footnote-84), objetivando melhorar a qualidade de vida das pessoas.

As doenças monogenéticas são aquelas enfermidades causadas por alterações ou mutações ocorridas na sucessão do DNA de um único gene (v. g., Síndrome de Marfan, as Distrofias miotônica e muscular de Duchene, Anemia falciforme, as Doenças de Huntington e de Tay-Sachs, Fibrose cística, Fenilcetonúria, Hemofilia A, Hipercolesterolemia familar, e Talassemia), enquanto que as doenças multifatorias (também denominadas de poligênicas) são aquelas enfermidades decorrentes de uma combinação de alterações em genes múltiplos e fatores ambientais (por exemplo: Doença de Alzheimer, Hipertensão arterial, diabetes mellitus, asma, alergias, esclerose múltipla, hipertensão arterial, obesidade, Cardiopatias congênitas, algumas espécies de câncer e doenças cardíacas).

**2.2. O Projeto Genoma Humano**

O Projeto Genoma Humano foi criado no início da década de 90, nos Estados Unidos, especificamente através do *National Institutes of Health* e do *Departament of Energy*, sendo dirigido, inicialmente, por James Watson, e posteriormente, por Francis Collins[[84]](#footnote-85).

Reuniu, também, o referido projeto, cientistas de vários países (Reino Unido, Alemanha, Austrália, Brasil, Canadá, Korea, China, Dinamarca, França, Holanda, Itália, Israel, Japão, México e Rússia), além dos americanos, tendo por objetivo criar o mapa genético, com a localização precisa de cada gene, bem como o sequenciamento do genoma humano, com a finalidade de buscar uma melhoria na qualidade de vida do ser humano, sem descurar dos aspectos éticos e legais, especialmente quanto ao uso inapropriado das informações geradas. Assim, os questionamentos éticos e sociais que poderiam surgir com as pesquisas passaram a ser uma preocupação constante dos criadores do Projeto Genoma Humano, ressaltando-se que os resultados alcançados pelos investigadores permitiram afirmar que o referido Projeto e os programas terapêuticos adjuntos continuarão a possibilitar grandes benefícios a nossa sociedade, ao tempo em que plantea, outrosssim, na mesma proporção, grandes dilemas sob o aspecto ético[[85]](#footnote-86).

Em vista disso, passou a haver a destinação de cinco por cento dos recursos (em torno de três milhões de dolares por ano), para pesquisas relativas às questões éticas, legais, e de política social, levantadas pelo programa Ethical, Legal and Social *Implications* (ELSI)[[86]](#footnote-87), estabelecendo orientações sobre as contradições oriundas do melhor entendimento do próprio genoma humano, especialmente quanto à segregação e sobre o determinismo genético, a partir de pesquisas sobre uso de marcadores genéticos, salientando que a participação dos voluntários (que fornecem suas amostras biológicas) não se limitam ao consentimento informado, mas vai mais adiante, haja vista que há obrigação de informar a cada participação voluntário de todos os atos e fatos relativos à pesquisa, tendo o voluntário o direito de se afastar, postulando sua exclusão da pesquisa[[87]](#footnote-88).

Com efeito, cabe destacar que os estudos sobre marcadores genéticos apresentam um cenário favorável à prevenção de enfermidades, porém deve ser orientado no sentido de evitar que a utilização dos referidos resultados venham a causar danos as pessoas. Esclareça-se, por conseguinte, que uma informação sobre determinado achado de um marcador genético poderá acarretar inúremas consequências na vida daquele indivíduo, bem como de seus familiares diretos, podendo o voluntário se recusar a informação[[88]](#footnote-89).

De outro passo, contempla-se que causa mais impacto a forma como estão sendo usadas as novas técnicas do que as próprias descobertas em si, porquanto, à medida que são descobertos os elementos genéticos os quais possuem influência na qualidade de vida, observa-se, também, a existência de pesquisas onde se verifica a intervenção no próprio gene, alterando as características do ser humano e das gerações futuras, ao ponto de se temer o próprio progresso das pesquisas no campo da medicina genética, haja vista que o homem não pode e não deve pensar que é Deus[[89]](#footnote-90).

Sobreleva destacar que o projeto Genoma Humano teve seu curso regular e, em decorrência de haver sido alcançada a identificação completa, foi encerrado em abril de 2003, passando os cientistas a trabalhar em um desafio ainda mais complexo, qual seja, a busca de tratamento de determinadas enfermidades, mediante a retirada de cromossomos excedentes ou a possibilidade de acrescímo de cromossomos perfeitos, com a finalidade de suplantar os cromossomos deficientes, ou, ainda, alterando os genes que sofreram processo de mutação, objetivando evitar o aparecimento de determinadas enfermidades.

Cabe destacar que poderá haver casos em que se busque, tão somente, a alteração dos genes, visando uma diferenciação quanto a determinadas característica naquele indivíduo, ou seja, mediante técnicas de engenharia genética, objetiva-se alterações ou modificações em um indivíduo com fins experimentais, utilizando-se de mecanismos de manipulação genética, criando características singulares em determinada pessoa[[90]](#footnote-91), ao ponto de produzir repecussões durante toda a vida daquele indivíduo, cabendo indagar até que ponto pode ser legítima a referida alteração genética e quais seriam as condições a que estariam submetidas tais procedimentos de manipulação genética.

Nada obstante, através das mesmas descobertas (que muitas esperanças trouxeram para a sociedade), desencadeadas pelas pesquisas de genes (responsáveis por diferentes enfermidades), passou-se a temer que o conhecimento viesse a ser utilizado em benefícios das empresas, porém com prejuízo para os postulantes a vaga no mercado laboral. Observa-se, assim, a tendência, cada vez maior, utilizada pelos empregadores (sob o pretexto de melhorar os níveis de produtividade e valorizar a meritocracia), de efetuar a aplicação de testes genéticos, objetivando a contratação de trabalhadores mais qualificados[[91]](#footnote-92).

Cumpre ressaltar, por oportuno, que, de fato, uma empresa que efetua, sistematicamente, exames genéticos de pessoas que buscam emprego, e, ainda, de seus próprios empregados, pode fazer uma seleção (efetivamente uma escolha) daqueles candidatos que não possuem quaisquer enfermidades ou propensão a tê-la, ou seja, poderá levar a discriminação em razão do conteúdo genético, ou, ainda, tornaria mais cômodo a manutenção dos contratos de trabalho ou a própria contratação daquelas pessoas menos vulneráveis (do ponto de vista genético) a determinadas enfermidades[[92]](#footnote-93), importando, destarte, em malferimento de direitos fundamentais do próprio trabalhador ou de um candidato a emprego.

## 2.3 A medicina preditiva

Inicialmente, saliente-se que a Medicina Preditiva consiste na capacidade de serem efetuadas predições, objetivando verificar a possibilidade de que uma pessoa venha a desenvolver uma enfermidade em nível fenótipo (sua aparência física, seu estado de saúde e suas emoções), mediante testes genéticos (laboratoriais em DNA)[[93]](#footnote-94). Assim, esclareça-se que os exames e os diagnósticos preditivos visam, em princípio, permitir que os pacientes analisem, juntamente com os médicos, as possibilidades de desenvolvimento de enfermidades, bem como as alternativas para tratamento.

De efeito, a Medicina Preditiva, tendo por objetivo a antecipação de um diagnóstico de possível enfermidade genética (com a provável identificação de genes de risco), permite que seja efetuada uma ponderação, uma análise da situação, com o fito de evitar o agravamento da doença, ou mesmo, a própria eliminação da enfermidade, ou, ainda, em casos específicos, o aconselhamento a casais, objetivando informá-los dos riscos de gerar uma criança com algum grau de deficiência (nas hipóteses de pais que têm determinados genes de risco).

Cumpre dizer, de outro passo, que a capacidade preditiva se vincula especificamente com o nível de relacionamento do gene testado com a enfermidade. A propósito, saliente-se, por exemplo, os casos da doença de Huntington (enfermidade neuro-degenerativa autossômica dominante), em que uma pessoa ainda jovem, sabe que sua genitora foi diagnosticada com a referida enfermidade, e se submete a exame, sendo detectada uma alteração no cromossomo correspondente, permitindo, assim, a assertiva peremptória de que fatalmente desenvolverá a mesma doença que sua mãe é portadora, tratando-se, portanto, de um diagnóstico pré-sintomático, haja vista que, independentemente das medidas que possa adotar, ele desenvolverá, no futuro, a mesma doença de sua genitora.

Veja-se, de outro lado, que no caso de polimorfismo de enzima conversora da angiotensina (ECA), a realidade se mostra bem diversa, à medida que a referida mutação genética se trata apenas de um dos vários poliforfismos genéticos (relacionados com a verificação de risco), como por exemplo, polimorfismos de genes do metabolismo do colesterol, polimorfismos de genes dos fatores da coagulação e da fibrinólise, polimorfismos de genes da superfície das plaquetas, do controle de proliferação da musculatura lisa das artérias, dentre outros, razão pela qual a conclusão do exame laboratorial deve ser interpretado com limites, ou seja, o diagnóstico é limitado, pois vários fatores exógenos podem minimizar os riscos, utilizando-se de meios de controle ambiental, como realização de dieta para emagrecimento, prática de atividade esportiva, especialmente exercícios aeróbicos, absenteísmo do fumo[[94]](#footnote-95).

Assim, é possível afirmar que, nas hipóteses de enfermidades multifatorias (também denominadas de poligênicas), dependendo da atuação do próprio indivíduo, no que concerne a mudança de hábito ou de estilo de vida, poderá a predisposição à doença, detectada pelo exame genético, ter pouca influência sobre a possibilidade futura de contrair a enfermidade, não sendo determinante o exame genético.

Neste diapasão, importa ressaltar que a análise exclusiva dos exames preditivos não deve ser entendida como a melhor forma de tratar a questão. De efeito, averbe-se que o meio ambiente também tem interação no que concerne ao aparecimento ou agravamento de determinadas doenças. Em verdade, verifica-se que, nada obstante os fatores endógenos (como sexo, idade e constituição genética), os fatores ambientais, decorrentes não apenas do estilo de vida da pessoa, como também da exposição no ambiente de trabalho ou no ambiente geral (fatores exógenos), têm elevada contribuição no que concerne aos riscos de contrair determinadas enfermidades multifatorial ou poligênicas, destacando que tais exposições atuam silenciosamente na indução de danos no DNA de cada indivíduo, podendo acarretar influências distintas, verificando uma enorme variação, de indivíduo para indivíduo, no que se refere a capacidade de biotransformação e eliminação pelo organismo de substâncias químicas estranhas, denominadas xenobióticos[[95]](#footnote-96).

Observe-se, neste mesmo trilhar, que o fato de uma pessoa ter um gene alterado não implica dizer que, necessariamente, essa pessoa contrairá ou desenvolverá determinada patologia (especialmente tratando-se de enfermidade multifatorial ou poligênica). Em verdade, trata-se de possibilidade (há uma probabilidade), e não de certeza.

Assim, é imprescindível esclarecer que a referida probabilidade pode ser completamente afastada nas hipóteses em que outros fatores passem a ter forte atuação, como as hipóteses de redução de peso (através de uma reeducação alimentar), pratica de atividade física ou eliminação do tabagismo. A propósito, sobreleva destacar que algumas doenças poligênicas (ou multifatoriais) como diabetes, hipertensão, doença de Alzheimer e artrite reumatóide, dentre outras, têm componentes genéticos de elevada importância, cabendo esclarecer que o exame genético, possibilitando a identificação dos genes, e, via de consequência, a predisposição genética para específicas doenças (elaborando um mapa genético do indivíduo), poderá indicar a melhor forma de tratamento médico, a fim de evitar o aparecimento da enfermidade[[96]](#footnote-97).

De efeito, a partir destas informações genéticas, o indivíduo poderia, com o aconselhamento e acompanhamento apropriados, fazer as modificações ambientais necessárias (dieta para emagrecimento, prática de atividade esportiva, especialmente exercícios aeróbicos, absenteísmo do fumo, mudança de profissão, ou seja, alteração completa de estilo de vida) para amenizar os efeitos, ou até mesmo, evitar a manifestação da doença[[97]](#footnote-98), ressaltando-se, contudo, que nem todas as doenças são suscetíveis de submeter as pessoas aos testes genéticos, para detecção de probabilidade de desenvolvimento das respectivas doenças, destacando os autores que são necessários a conjugação de quatro requisitos: a) um gene de efeito maior deve estar entre os que predispõem a doença; b) deve haver um teste genético simples para estabelecer a presença de mutações neste gene; c) o teste preditivo deve gerar conhecimento útil para a prevenção da doença; e d) devem ser bem conhecidos os efeitos da informação dos vários possíveis resultados dos testes sobre o bem-estar psicológico e social do indivíduo testado[[98]](#footnote-99).

Ademais, ratificando que, além da herança genética, o meio ambiente importa em alteração na predisposição à verificação de doenças, cabe destacar que desde o período da concepção (no ambiente intrauterino) o indivíduo está submetido a fatores ambientais (como obesidade, tabagismo, sedentarismo, elevado nível de stress, má alimentação), decorrentes da vida da própria mãe, os quais são transmitidos para o ser em formação, podendo acarretar doença ao filho.

Assim, os exames genéticos permitirão a verificação da predisposição do indivíduo para o surgimento de determinadas doenças multifatoriais, facilitando, assim, a adoção de tratamentos e condutas assertivas, objetivando reduzir o risco de doenças, tais como obesidade ou doenças cardiovasculares, observando que não apenas o indivíduo e seus familiares, mas até os colegas de trabalho (terceiros), que também fazem parte do grupo de risco do mencionado trabalhador submetido a exame, poderão ser abrangidos pelo tratamento[[99]](#footnote-100).

Neste sentido, importa salientar o entendimento da Prof. Stella Barbas, aludindo a uma possível criação de classe de trabalhadores “saudáveis doentes”, *expressis verbis*:

“1. Por outro lado, e já sem referir as inúmeras repercussões sócias, e circunscrevendo-me a perspectivas económicas, estas pessoas, ao deixarem de poder trabalhar, tornar-se-iam num *fardo*, num *peso* para a comunidade aumentando, nomeadamente, os encargos da segurança social. Assim sendo, configuram-se duas alternativas possíveis: sustentar, através de fundos públicos, pessoas presentemente capazes de trabalhar, ou entender que apesar de a análise do genoma demonstrar que o trabalhador pode vir a padecer de determinada doença este deve trabalhar até que (e se) a doença se manifeste e só então ficar dependente da segurança social. Numa óptica macroeconómica paraace mais correta a última opção. A primeira hipótese implica, desde logo, um aumento das despesas sociais em virtude do alargamento do período de assistência”[[100]](#footnote-101).

Com efeito, sobreleva destacar que, em face da realização de testes genéticos, nada obstante os benefícios do correto tratamento antecipado de uma doença genética, (visando o não desenvolvimento da enfermidade, ou mesmo, a amenização de seus efeitos), é imprescindível que todas a cautelas no caso sejam observadas, tendo em vista a possibilidade de comprometimento da intimidade e privacidade do indivíduo, especialmente no que diz respeito à admissão de trabalhador ou a própria manutenção do contrato de trabalho.

## 2.4 Rastreamento (*screening*)

Cumpre dizer, em primeiro, que por rastreamento deve ser entendida a forma de verificação, mediante utilização de exames clínicos ou laboratoriais, efetuada em pessoa que não apresente qualquer sintoma de doença (assintomático), objetivando detectar a possibilidade de que esta pessoa venha a apresentar uma propensão de desenvolver - no futuro - uma determinada enfermidade, ou seja, venham a ser considerada suspeita, ou não, de contrair determinada doença, dito de outra forma, consiste em testes e exames complexos, visando verificar a propensão para existência de doença ainda não diagnosticada e que são assintomática, ou, ainda, o monitoramento biológico do trabalho e exames de comportamentos extra-profissional (tabagismo, obesidade, ausência de atividade física), representando uma verdadeira triagem ou peneiramento, podendo ser realizado por testes de quatro (4) espécies: a) rastreamento em massa, onde se envolve toda a população; b) rastreamento múltiplo ou em multifase, espécie onde se utiliza de vários testes ao mesmo tempo, ou seja, na mesma etapa; c) rastreamento por alvo, trata-se de rastreamento de grupos que se encontram sujeitos à exposições específicas, ou seja, em grupos com alto risco para doença, geralmente utilizado em saúde ocupacional e ambiental; e por último, d) rastreamento oportunístico, efetivado no consultório médico, por ocasião de uma consulta por um algum motivo[[101]](#footnote-102).Assim, averbe-se que a finalidadeprincipal dos testes de rastreamento é detectar enfermidades precoces ou fatores de risco para doenças, em um grande número de indivíduos que são aparentemente saudáveis.

Verifica-se, neste passo, que para que se tenha um programa de rastreamento eficácia há alguns critérios a serem observados, destacando, inicialmente, a existência de uma enfermidade bem definida, conjugado um baixo custo acrescido ao benefício adquirido, isto é, deve haver uma comparação entre o número de casos detectados e as consequências em não se realizar o rastreamento, devendo ficar assentado que, via de regra, a alta prevalência da doença na população, sem descurar que em alguns casos, como no caso da fenilcetonúria (embora de baixa prevalência da doença), é recomendável a realização do rastreamento diante das graves consequências apresentadas (em caso de não realização do teste genético, com detecção posterior da enfermidade, que pode levar a retardo mental e necessidade de cuidados especiais por toda a vida).

Observando-se, ainda, que o tratamento deve ser precoce (ou seja, anterior ao que teria no caso de detecção após a confirmação regular do diagnóstico da doença), seguro e aceitável pelos indivíduos que não apresentam os sintomas da enfermidade, com o breve início do efetivo tratamento, a fim de evitar que este indivíduo tenha ciência da doença e não inicie a terapia. Por fim, cabe esclarecer que o rastreamento, além de ser aceito por todos os envolvidos, bem como deve levar a uma mudança na história natural da doença[[102]](#footnote-103).

Os estudos indicam que há necessidade de se utilizar o rastreamento genético (*screening*) com muita parcimônia, haja vista não apenas a possibilidade do cometimento de equívocos na análise dos resultados, mas sobretudo em decorrência de que nem todas as doenças genéticas são indicadas para fins de rastreamento, em face do período de latência. De efeito, algumas doenças, como por exemplo, o câncer de pâncreas, tem um curto período de latência, ou seja, rapidamente a enfermidade progride, razão pela qual a realização de rastreamento em praticamente nada iria representar em benefício para o indivíduo, pois a possibilidade de sucesso, no caso de iniciar o tratamento, tão logo tivesse o resultado positivo do rastreamento, seria a mesma que teria em caso de iniciar o tratamento após o resultado positivo em um diagnóstico convencional[[103]](#footnote-104).

Há que se analisar, também, o outro lado da questão, sob o ponto de vista ético, porquanto os testes genéticos criam questionamentos de natureza ética, especificamente sobre o terreno do direito do trabalho, qual seja, a análise de provável redução da capacidade laborativa de um trabalhador ou, ainda, no campo do direito Civil, quanto a possibilidade de realização de aborto terapêutico[[104]](#footnote-105), bem assim as implicações daí decorrentes, resultando, portanto, na necessidade de um aconselhamento genético.

Esclareça-se, por oportuno, que o aconselhamento genético deve ser entendido como um conjunto de informações transmitidas à família, relativas aos riscos da doença, a recorrência e os possíveis tratamentos para a enfermidade. Trata-se, assim, de uma etapa de suma importância, que antecede a realização de testes para rastreamento de doenças hereditárias, à medida que, em muitos casos, no atual estágio da medicina, não há muito o que oferecer para o tratamento, após a realização do referido teste para detectar o grau de risco (a predisposição) para contrair determinada doença como Alzheimer, em caso de diagnóstico positivo.

De efeito, o referido aconselhamento genético informa, inicialmente, se a pessoa vai ter benefícios, bem como quais serão estes benefícios e, obviamente, os malefícios que esta pessoa estará sujeita.

## 2.5. Bioética e dignidade humana

Assevera-se, de logo, que antes do surgimento dos estudos sobre o Genoma Humano, não havia maiores indagações sobre questões ético-sociais, haja vista que tudo se tratava de questões técnicas (atinentes às invenções mecânicas e a processos físico-químicos), somente havendo sentido para análise ética os casos de patentes, que fossem contrárias à ordem pública, ou a moral e bons costumes.

Todavia, com o surgimento de estudos e pesquisas sobre o Genoma Humano, bem como a utilização da engenharia genética, houve enorme mudança e repercussões, com várias interrogações a serem respondidas, tais como, o progresso das pesquisas com o genoma humano deve ter algum controle? Ou é possível a realização de todo e qualquer experimento (testes ou pesquisa) com órgãos humanos, ou, ainda, seria necessário o respeito à integridade corporal, bem como a própria dignidade da pessoa submetida aos testes?

Assim, em um primeiro momento, impõe-se a necessidade de vigilância da ciência, pois já não se pode imaginar o progresso da ciência sem qualquer controle, reclamando um controle jurídico e ético, especialmente quanto à manipulação genética e a clonagem, porque podem apontar para questões cruciais relativas ao respeito à intimidade e dignidade da pessoa[[105]](#footnote-106).

Neste sentido, importar ressaltar as disposições do Art. 26.º, 3., da Constituição Portuguesa, que garante, por via legal, “a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”, norma constitucional esta que representa, para o Prof. Carlos María Romeo Casabona, uma garantia da livre autonomia do cidadão, quanto ao seu patrimônio genético, bem como ao direito à identidade genética do ser humano, como direitos do cidadão bioético, compondo um núcleo de um *direito constitucional à biomedicina*, que se encontra em desenvolvimento, a fim de servir como barreira contra as pressões de certos pesquisadores e empresas, que não observam limites ao denominado progresso da ciência e dos benefícios econômicos, denominados de biócratas[[106]](#footnote-107).

A propósito, verifica-se que a bioética (do grego *bios* - vida, e *ethos* - ética), pode ser entendida, sinteticamente, como o campo da ciência encarregado do estudo multidisciplinar envolvendo a biologia, a engenharia, o direito, a medicina e a própria ética, objetivando a busca de solução para questões que surgiram em decorrência do avanço da biotecnologia, da engenharia genética, tendo por premissa a adoção de métodos que importem no respeito à dignidade humana[[107]](#footnote-108), destacando-se os casos de utilização de células tronco, aborto, uso de seres humanos em experimentos, manipulação genética e a clonagem, dentre outros, e, ainda, com observância da responsabilidade moral dos cientistas na produção de pesquisas e aplicações na área da saúde, evitando a produção de abusos.

De efeito, cabe asseverar que, de regra, as questões envolvendo a bioética estão relacionadas ao pleno respeito pela dignidade humana, valor fundamental por excelência, como eixo dos direitos do homem[[108]](#footnote-109), destacando o Prof. Fernando Silva que a atuação dos Estados se caracteriza, efetivamente, pelo posicionamento do homem como centro de sua atuação, ou seja, os Estados atuam para melhor servir ao ser humano[[109]](#footnote-110).

É que apesar da relevância das pesquisas genéticas, objetivando identificar os ris de determinadas doenças ou, ainda, objetivando a adoção do melhor tratamento nos casos de pré-natal, há que se ponderar os limites, diante da perspectiva de representação de forma de eugenia[[110]](#footnote-111), pois o direito à identidade genética pressupõe a convicção de que o genoma humano, além de ser inviolável, deve ser compreendido como irrepetível[[111]](#footnote-112).

Assim, efetuadas as considerações supra, torna-se necessário assentar que não é possível pensar em cercear a liberdade dos cientistas, pois todos os avanços da sociedade são decorrências do progresso científico, especialmente quanto ao campo de tratamento de enfermidades consideradas incuráveis, bem como da própria longevidade da raça humana, decorrência direta dos avanços científicos.

Porém, estes avanços da ciência ao tempo em que produzem grandes esperanças em toda a sociedade, também podem produzir grande perplexidade, causando verdadeiras chagas para a espécie humana.

Com efeito, pode ser apontada a criação da bomba atômica, as armas químicas de destruição em massa, a proliferação de enfermidades mortais e a destruição do meio ambiente, além de que há, obviamente, a possibilidade de utilização indevida das informações genéticas, podendo importar em casos de discriminação, especificamente no ambiente de trabalho, razões pelas quais as soluções para os problemas surgidos reclamam rapidez e eficácia. Tais fatos levaram, evidentemente, a buscar mecanismos de controle da atuação dos cientistas.[[112]](#footnote-113)

Contudo, o homem não somente é o sujeito que realiza a pesquisa, como também, em alguns casos, pode ser o próprio objeto da pesquisa sem que sequer tenha conhecimento de tal fato, sendo indispensável, na realização de pesquisas genéticas, nos dias atuais, que se tenha em conta a possibilidade de utilização equivocada de referidos estudos, haja vista não somente o número elevado de cientistas e os avanços da ciência (desde a revolução atômica, a molecular), como também a criação de novas tecnologias, com a possibilidade do homem interferir diretamente na concepção de um novo ser, com a concepção *in vitro* e a manipulação genética, razões pelas quais a discussão sobre a experimentação com seres humanos, deve ser levada a efeito de forma a permitir que sejam efetivados avanços na ciência e tecnologia, observando-se, contudo, o respeito pela dignidade do ser humano[[113]](#footnote-114), notadamente em decorrência do uso cada dia maior da nanotecnologia, aliada a engenharia genética.

De efeito, as pesquisas no campo da Engenharia Genética e do Genoma Humano, se encontram em constante evolução, apresentando uma nova dimensão, onde ressalta o confronto entre os benefícios oriundos da aplicação da nanotecnologia nos seres humanos, ou seja, as possibilidades de contribuições para o avanço da medicina, com melhoria da qualidade de vida de pessoas que possuem limitações físicas, e a garantia de que tais progressos não produzam efeitos nocivos à própria dignidade humana (respeito pleno pela dignidade humana).

Nesta perspectiva, contempla-se o surgimento de um problema, relativamente à aplicação da nanotecnologia na Engenharia Genética e na Medicina, especialmente em vista da possibilidade de criação de mecanismos que permitem a superação de certas limitações do homem, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida, como por exemplo os casos de colocação de um aparelho, ligado ao cérebro e substituição de um braço; utilização de nanomateriais para substituir partes de ossos; ou colocação de prótese de nanomateriais em seres humanos, demandando, neste sentido, que os profissionais da área médica e engenharia tenha um perfil mais pluridisciplinar[[114]](#footnote-115), diante dos avanços deste novo e pouco conhecido campo da ciência.

Vê-se, portanto, que estamos assistindo o começo de uma nova tecnologia, da mesma forma como ocorreu no início do século XX, decorrendo daí a imperiosa necessidade de um controle ético e jurídico, que se traduza no respeito à dignidade humana.

Finalmente, cabe assentar que, nada obstante resulte imprescindível a garantia do progresso científico, é necessário também que seja assegurado o respeito à vida privada do trabalhador, sob duplo aspecto, primeiro de atribuir ao candidato ao posto de trabalho o direito de nada declarar sobre sua intimidade (incluindo-se, neste passo, informações genéticas), e, de segundo, a proibição do empregador exigir tais informações, direta ou indiretamente, bem como de realizar atos tendentes a obter as referidas informações por outras vias[[115]](#footnote-116).

# CAPÍTULO III – Os Instrumentos Internacionais e o Genoma Humano

## 3.1. Os instrumentos internacionais

Cabe abordar, a esta altura, os instrumentos normativos internacionais, especificamente as Convenções, Declarações e Tratados sobre a temática do respeito à privacidade e a dignidade humana, sob o viés do genoma humano.

Assim, em primeiro, cumpre salientar as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem (*Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*), especialmente o contido no artigo 12, o qual estabelece que: “Ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei”, em perfeita harmonia com o contido no preâmbulo da referida Declaração, especificamente no sentido de salientar a preservação dos direitos humanos fundamentais, baseada na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, visando a promoção do progresso social e melhores condições de vida para todos[[116]](#footnote-117).

Vê-se, a propósito, que a garantia do direito à privacidade, como acima descrito na DUDH, espraia-se da referida norma para todo o embasamento do direito à privacidade existência nos Ordenamentos Jurídicos dos estados democráticos de direito.

No mesmo sentido, cabe destacar as disposições do art. 11, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, as quais preveem a proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, bem como a proteção da honra e da dignidade do indivíduo.

Contempla-se, por oportuno, que os Estados assumem obrigações quanto à garantia de respeito aos Direitos Humanos nas Relações de Trabalho, estando, portanto, a legislação interna de cada País sujeito ao controle de convencionalidade, ou seja, de observância das normas internacionais, as quais este País se obrigou ao subscrever as Convenções e Tratados Internacionais.

Neste diapasão, destaca-se as disposições de proteção de direitos e liberdades fundamentais, previstas na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia – CDFUE, salientando que tais garantias dizem respeito a um piso mínimo de direito e não a um máximo, cabendo aos Tribunais a fiscalização do respeito e do cumprimento, consoante estipulado no artigo 53.º, na conformidade da lição do Prof. Carlos C. Proença[[117]](#footnote-118), o qual determina que a Carta se destina às instituições, aos órgãos e organismos da União,

### *3.1.1. O Tratado de Roma*

Tendo em vista que, após a Segunda Grande Guerra Mundial, a Europa se encontrava quase que completamente destroçada, bem como diante da polarização entre as duas grandes potências surgidas, Estados Unidos e União Soviética, havia a necessidade dos países europeus buscarem um futuro e possível equilíbrio (com vistas a uma integração econômica e política). As tratativas iniciadas, por volta de 1946, pelo premiê inglês Winston Churchill, logo após o término da Guerra, levaram a assinatura, somente em 1951, do Tratado que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), com a finalidade de integração das indústrias dos setores respectivos da Europa ocidental.

Posteriormente, passados cerca de seis anos, foi assinado, pelos países Itália, Alemanha, França, Bélgica, Luxemburgo e Holanda, em 25 de março de 1957 (entrando em vigor em 01.01.1958), o Tratado de Roma, que, em verdade, instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), bem como a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM), representando, via de consequência, os primeiros passos concretos, com os objetivos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, através de uma ação única, visando o progresso econômico e social, mediante a eliminação de barreiras que dividiam a Europa, ou seja, visava à criação de um espaço europeu de completa integração (sem fronteiras), com a finalidade de melhoria constante das condições de vida e de trabalhos dos povos europeus[[118]](#footnote-119).

Assim, para a realização completa das tarefas confiadas à Comunidade Europeia foram criados, pelo referido Tratado de Roma, os seguintes órgãos: Parlamento, Conselho, Comissão, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas, estabelecendo, outrossim, as atribuições e competências, conforme dispõe o Art. 7º, destacando-se que o Tribunal de Justiça identifica-se com a própria instituição jurisdicional comunitária[[119]](#footnote-120).

Contempla-se, destarte, que a aprovação do Tratado de Roma representa o ato de culminância de criação da Comunidade Econômica Europeia, ressaltando-se que apesar de algumas dificuldades surgidas, houve enorme progresso econômico dos seis países signatários originais do referido Tratado, razão pela qual, em 1973, outros países aderiram: Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, e, em 1981, a Grécia passou a integrar. Já em 1986, aderiram Espanha e Portugal.

### *3.1.2. O Tratado de Maastricht*

Com a reunificação da Alemanha, no ano de 1990, bem como em decorrência da redemocratização dos países do leste europeu, que alteraram o cenário político da Europa, os integrantes da Comunidade Econômica Europeia resolveram estreitar a união, realizando no mês de dezembro de 1991, a reunião do Conselho de Europa, na Holanda, ocasião em que foi elaborado o Tratado de criação da União Europeia. Assim, no ano seguinte, precisamente em 07 de fevereiro de 1992, os países [Alemanha](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alemanha#_blank), [Bélgica](https://pt.wikipedia.org/wiki/B%C3%A9lgica#_blank), [Dinamarca](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_da_Dinamarca#_blank), [França](https://pt.wikipedia.org/wiki/Fran%C3%A7a#_blank), [Grécia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Gr%C3%A9cia#_blank), [Irlanda](https://pt.wikipedia.org/wiki/Rep%C3%BAblica_da_Irlanda#_blank),  [Itália](https://pt.wikipedia.org/wiki/It%C3%A1lia#_blank), [Luxemburgo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Luxemburgo#_blank), [Países Baixos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pa%C3%ADses_Baixos#_blank), [Portugal](https://pt.wikipedia.org/wiki/Portugal#_blank), [Espanha](https://pt.wikipedia.org/wiki/Espanha#_blank) e [Reino Unido](https://pt.wikipedia.org/wiki/Reino_Unido#_blank), assinaram o referido Tratado de Maastricht, criando a União Europeia, destacando o Prof. Proença que não se trata de um Estado, nomeadamente federal, sendo antes uma organização internacional *sui generis* composta por Estados soberanos, multiplicando-se as designações que pretendem abranger a complexidade do contexto jurídico-político em que a mesma nasceu e se tem desenvolvido, como sejam “associação de Estados soberanos”, “organização interestadual não soberana”, “Comunidade Jurídica de Estados Democráticos de direito”, “associação de Estados *sui generis*” ou ainda “União de Estados e de povos”.

Através daquele Tratado, portanto, os Estados Membros das Comunidades constituíram a EU, assente numa atípica estrutura de três pilares, cada um com os seus objetivos e instrumentos específicos.De acordo com essa estrutura, a União fundava-se nas três Comunidades Europeizais, as quais constituíam o pilar de integração supraestadual ou primeiro pilar, complementadas pela PESC, que compunha o segundo pilar, e pela CJAI, que formava o terceiro, estes dois pilares de cooperação ao nível intergovernamental[[120]](#footnote-121). A PESC se reporta à Política Externa e de Segurança Comum, enquanto a sigla CJAI corresponde a abreviatura de Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos.

Informe-se que o referido tratado entrou em vigor em 01 de novembro de 1993, implicando na efetiva criação da EU, estabelecendo a cidadania europeia, bem como definindo como objetivos a união econômica e monetária, com a criação de uma moeda comum, o Euro.

Posteriormente, em 1995, a Áustria, Finlândia e Suécia passam a integrar a agora União Europeia. Em 2004, houve a adesão de Chipre, Croácia, República Tcheca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta e Polônia. Por fim, em 2007, a Bulgária e Romênia aderiram, totalizando, assim, 28 países.

Finalmente, cumpre destacar que a dignidade humana sempre está considerada em todas as Declarações internacionais, especialmente da UE, destacando-se a existência de uma cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais no quadro da União Européia, mediante a entrada em vigor do Tratado de Maastricht[[121]](#footnote-122).

### *3.1.3. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia decorreu da verificação de que o Tratado de Roma, que criou a Comunidade Econômica Europeia, bem como o Tratado de Paris, quase nada asseveraram quanto aos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia (pois inicialmente a preocupação maior era efetivamente com economia e trabalho), restando considerados, naquela época, que os Direitos Fundamentais estariam garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Todavia, em face de algumas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no sentido de que a Comunidade Econômica Europeia, àquela altura, estava vinculada à garantia dos direitos fundamentais (criando jurisprudência assegurando que os direitos fundamentais estariam consagrados nos princípios gerais do Direito), passaram os novos tratados da época (Tratado de Maastricht, que instituiu política e economicamente a União Europeia, alterando os tratados anteriores; e o Tratado de Amsterdã, que aumentou as competências, criando mecanismos de sanção para assegurar o respeito aos direitos fundamentais, por parte dos Estados da União Europeia) a vincular firmemente a Comunidade Europeia aos direitos fundamentais. Porém, ainda não havia uma Carta garantindo exclusivamente os Direitos Fundamentais.

Nesta senda, após alguns anos de discussão, na reunião anual do Conselho Europeu de 1999 (realizada em Colônia), restou acordado a elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais, vinculando expressamente a União Europeia. Assim, no ano seguinte, no encontro de cúpula de Nice (ou seja, reunindo o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia), em sessão solene, foi aprovada a referida Carta dos Direitos Fundamentais, em data de 02.12.2000, traduzindo-se em uma forma de demonstrar a importância dos direitos fundamentais para os cidadãos europeus.

A referida Carta ressalta os valores indivisíveis e universais da dignidade (dignidade do ser humano, direito à vida, direito à integridade do ser humano, proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e do trabalho forçado); da liberdade (direito à liberdade e à segurança, respeito pela vida privada e familiar, [proteção de dados pessoais](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=uriserv:jl0018), direito de contrair casamento e de constituir família, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão e de informação, liberdade de reunião e de associação, liberdade das artes e das ciências, direito à educação, liberdade profissional e direito de trabalhar, liberdade de empresa, direito de propriedade, [direito de asilo](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/free_movement_persons.html), proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição); da igualdade (igualdade perante a lei, [não discriminação](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/equal_opportunities.html), diversidade cultural, religiosa e linguística, [igualdade entre homens e mulheres](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/equal_treatment.html), [direitos das crianças](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=uriserv:dh0006), direitos das pessoas idosas, integração das pessoas com deficiência); e da solidariedade ([direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/AUTO/?uri=uriserv:c10817), direito de negociação e de ação coletiva, direito de acesso aos serviços de emprego, proteção em caso de despedimento sem justa causa, condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho, vida familiar e vida profissional, segurança social e assistência social, proteção da saúde, acesso a [serviços de interesse econômico geral](http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/services_general_economic_interest.html), proteção do ambiente, defesa dos consumidores), salientando que a União Europeia assenta-se nos princípios da democracia e do Estado de direito[[122]](#footnote-123).

Vê-se, destarte, que a Carta apresentou várias inovações, especialmente a inclusão da deficiência, da idade e da orientação sexual como forma proibida de discriminação, bem assim registrou, dentre os direitos fundamentais, o acesso aos documentos, a proteção de dados, e à boa administração.

Demais disso, assevere-se quea referida Carta dos Direitos Fundamentaisteve o condão de fortalecer a garantia de tais direitos fundamentais, enfatizando a legitimidade da União, destacando, contudo, que somente entrou em vigor em 01.12.2009, com a aprovação do Tratado de Lisboa. A propósito, sobreleva esclarecer que a entrada em vigor do Tratado de Lisboa importou na positivação expressa da tutela jurisdicional efetiva no Tratado da União Europeia[[123]](#footnote-124).

Assim, quanto à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, observa-se que o TEDH assegura, em diversas decisões, o respeito e proteção do direito a intimidade, em relação ao armazenamento de dados relativos à vida privada dos cidadãos.

 A propósito, cabe mencionar o caso denominado Rotaru, destacando, em síntese, que neste caso o requerente alegou uma violação ao seu direito de respeito a sua vida privada, devido à manutenção e utilização pelo Serviço de Inteligência Romeno de um arquivo contendo informações pessoais, bem como uma violação do seu direito de acesso a um tribunal e, ainda, seu direito a um recurso, ante uma autoridade nacional que poderia decidir sobre sua solicitação de alteração ou destruição do arquivo, o Tribunal admitido, em 21.10.96, a postulação, com base em violação aos artigos 8º e 13, da Convenção, havendo a tramitação regular do processo, com a determinação de que o caso fosse decidido pela Grande Secção (artigo 100, n.º 1, do Regulamento do Tribunal), razão pela qual, após as partes apresentarem seus memoriais, o TEDH decidiu que houve, efetivamente, uma violação da legislação de proteção de dados, haja vista a inexistência de um procedimento que assegurasse os direitos do requerente e o controle da atividade da admnistração[[124]](#footnote-125).

### *3.1.4 A Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia*

A Convenção para a proteção dos direitos humanos e da dignidade do ser humano com referência as aplicações da Biologia e da Medicina – Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina - foi aprovada pelo Conselho da União Europeia em 04.04.1997, havendo entrado em vigência em 01.12.1999. Compõe-se de 38 artigos, em catorze capítulos, ressaltando-se que o Capítulo IV, artigos 11 a 14, é destinado ao genoma humano. A referida Convenção tem por finalidade reunir mecanismos eficazes para a proteção dos direitos humanos, em decorrência dos avanços da Biomedicina, no âmbito das biotecnologias aplicadas aos seres humanos[[125]](#footnote-126).

Saliente-se que se trata de um instrumento obrigatório para todos os vinte e oito Estados que compõem a União Europeia, haja vista a forma adotada de Convenção, destacando que a Convenção tem vocação de universalidade, pois cumpridas determinadas condições qualquer Estado pode subscrevê-la, portanto, se trata de uma Convenção aberta[[126]](#footnote-127) .

De outro lado, afirme-se que Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia tem por objetivo a proteção do ser humano na sua dignidade e identidade, assegurandoa toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais, em face das aplicações da Biologia e da Medicina, conforme dispõe o art. 1º da referida Convenção, consignando, de logo, o princípio da não discriminação, observando-se que o interesse e o bem estar do ser humano deve sempre prevalecer sobre o interesse da sociedade e da ciência, conforme estabelece o Art. 2º.

Imprescindível destacar, de logo, os princípios insculpidos na referida Convenção, ressaltando, em primeiro, a proibição de toda e qualquer forma de discriminação em decorrência do seu patrimônio genético, o qual se encontra, expressamente, disposto no o art. 11, salientando-se que a discriminação genética se refere a um indivíduo ou a um grupo em razão de reais ou aparentes atributos genéticos, ao ponto de que tal discriminação não atinja somente aquele indivíduo que apresenta essa desconformidade genética, mas também, atinge aqueles que não apresentam aparentemente qualquer sintoma, contudo possuem um gene que aumenta a propensão de manifestação da enfermidade[[127]](#footnote-128).

Demais disso, ressalte-se que o art. 12º da referida Convenção estabelece a limitação de provas preditivas, ressaltando que não serão efetuados testes preditivos de doenças genéticas que permitam a identificação de um indivíduo como portador de um gene de determinada enfermidade ou, ainda, a detecção de uma propensão ou suscetibilidade genética para desenvolvimento de uma doença, salvo nas hipóteses de finalidades médicas como para tratamento ou investigação da doença.

Destaque-se que, ainda assim, deverá haver um assessoramento genético apropriado, cumprindo afirmar, porém, que o informe do Conselho Europeu, § 83, explica que a proibição de realização de testes preditivos de doenças genéticas não alcança os testes de diagnósticos sobre embriões, visando averiguar se a existência de caracteres genéticos que possam implicar na transmissão de uma enfermidade grave, ao nascer, para a criança.

No Artigo seguinte (Art. 13), aConvenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia consagra, expressamente, o princípio da proibição de intervenções com finalidade de modificar o genoma humano. É que toda a pesquisa científica há que realizar os fins de prevenção, diagnósticos e tratamento de enfermidades, não podendo ter por desiderato a modificação de caracteres genéticos, que não digam respeito a uma enfermidade ou anomalia. O referido princípio guarda estreita sintonia com as disposições do art. 1º da referida Convenção, que consagram a dignidade, a identidade e a integralidade, como princípios a serem observados pela Convenção.

O princípio da inadmissibilidade de seleção de sexo, previsto no Art. 14, reflete o pensamento vigente da impossibilidade de escolha do sexo da criança ao nascer. Todavia, sobreleva salientar que, caso haja uma grave enfermidade de cunho hereditário, que ponha em risco a saúde do futuro ser, especificamente em caso de enfermidade ligada ao cromossoma X, torna-se possível a seleção de sexo do embrião produzido através de fecundação *in vitro* (ou outro método de fecundação extracorporal), cabendo destacar a doença genética miopatia centronuclear (ligada ao cromossoma X, que afeta somente aos homens), sendo necessário, neste caso, a realização de diagnóstico anterior ao implante dos embriões, permitindo a separação para implantação, tão somente, dos embriões femininos, obtidos mediante processo de fertilização[[128]](#footnote-129).

Ademais, cabe salientar que o presente princípio, alinhado com o princípio da proibição de intervenções com finalidade de modificar o genoma humano, tem por objetivo, em última análise, atender os preceitos da ética, evitando, destarte, a manipulação, com o fito de desenvolver experiência eugênica, visando o “melhoramento” da espécie humano sob o prisma da genética.

Os artigos de 5º a 9º compõem o Capítulo referente ao consentimento, ressaltando-se, de logo, que o indivíduo tem a mais ampla liberdade na manifestação de seu consentimento, isto é, qualquer intervenção (seja mediante testes genéticos ou intervenção cirúrgica) será sempre efetivada observando-se o livre e prévio consentimento do indivíduo, esclarecendo-se que a qualquer momento esse consentimento pode ser retirado.

Registre-se, demais disso, que a Convenção possui regra específica de proteção às pessoas que necessitem de autorização de seu representante, sejam menores ou pessoas maiores com deficiência mental, necessitando, por conseguinte, de autorização dos representantes, esclarecendo-se, ainda, que a intervenção, para fins de tratamento urgente, poderá ser realizada, independente de autorização (nos casos em que não seja possível obter o consentimento apropriado naquele momento), a fim de garantir o indispensável tratamento em benefício da saúde da pessoa necessitada de tratamento urgente, observando que, em caso de vontade anteriormente manifestada, relativamente a uma intervenção médica, tal vontade será analisada (levada em conta), caso o paciente não tem condições de expressar livremente sua vontade, conforme inteligência dos artigos 7º a 9º, da referida Carta.

A Convenção prevê a liberdade de investigação científica, resguardada a proteção prevista na própria convenção, bem como das disposições legais de cada Estado Membro da UE, esclarecendo que a investigação sobre pessoa requer o preenchimento de rígidas condições: expressa e específica manifestação de consentimento da pessoa que se submete à investigação, recebendo, ainda,informação de todos os seus direitos e garantias; que não exista outro método de investigação de eficácia comparável; a existência de proporcionalidade entre os riscos e os potenciais benefícios da investigação; existência de aprovação do projeto de investigação, após criteriosa análise da pertinência científica, por parte de uma instância competente, bem assim, análise pluridisciplinar, quanto à aceitabilidade, sob o prisma ético.

De outro passo, a Convenção estabelece a proibição de criação de embriões humanos, com a finalidade de investigação, esclarecendo, todavia, que, nos Estados-membros em que a Lei admite a pesquisa em embriões *in vitro*, caberá a própria Lei garantir a adequada proteção do embrião.

Neste mesmo sentido, averbe-se que não é permitida, pela Convenção, a obtenção de lucros na utilização do corpo humano em investigação, bem como, não é possível a utilização de parte do corpo humano, no transcorrer de uma intervenção, para fins de conservação e utilização em outro fim, que não aquele especificado e consentido na referida investigação, conforme se verifica do exame dos artigos 21 e 22.

Finalmente, imprescindível se torna destacar as disposições do Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano, em face às aplicações da Biologia e da Medicina, que estabelece a proibição de qualquer intervenção, cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto (Art. 1º), ou seja, proíbe a clonagem do ser humano, bem como do segundo Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano, face às aplicações da Biologia e da Medicina, cujo objetivo é a proteção da dignidade e a identidade de todas as pessoas, sem discriminação, respeitando a integridade da pessoa e dos seus outros direitos e liberdades fundamentais (Art. 1º), no campo do transplante de órgãos e tecidos de origem humana, levado a cabo para fins terapêuticos (Art. 2º). Cabível a ratificação de tais protocolos adicionais por parte dos Estados membros que assinaram ou ratificaram a Convenção[[129]](#footnote-130).

### *3.1.5 Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (A Convenção sobre o Genoma Humano*).

Em 1997, foi aprovada, por especialistas e representantes de mais de oitenta países, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, sendo apresentada para adoção na 29ª sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), tendo sido ratificada, por unanimidade, dos representantes dos 187 países presentes à Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 09.12.1998 (ao completar 50 anos daDeclaração Universal dos Direitos do Homem (*Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*), tratando-se do primeiro documento de caráter internacional referente ao campo da biogenética e sua relação com os direitos humanos [[130]](#footnote-131).

Com efeito, teve por finalidade consagrar os vínculos entre o genoma humano e os direitos fundamentais, bem assim estabelecer os princípios básicos, ainda que de forma inicial, para garantir o emprego de mecanismos de avanços no campo da medicina genética, protegendo os direitos fundamentais das ameaças decorrentes dos referidos avanços[[131]](#footnote-132), especialmente diante da rapidez com que as pesquisas estavam e estão ocorrendo.

Neste sentido, cumpre observar que a forma escolhida para materialização, mediante uma Declaração, objetivou permitir a breve aprovação, haja vista que não induziria a um comprometimento maior dos Estados firmantes (tratando-se de uma norma *Soft Law*), além de guardar um estreito elo com aDeclaração Universal dos Direitos do Homem, que estava completando 50 anos[[132]](#footnote-133).

De efeito, mesmo ratificando-se que se trata de uma norma *Soft Law*, observa-se, contudo, a existência de uma certa carga de impositividade na referida Declaração. Averbe-se, por oportuno, que o fenômeno da *Soft Law* tem tido vasta influência no Direito Internacional, salientando-se a sua crescente importância, no que se refere aos Estados, pois a *Soft Law* é um processo de criação de padrões normativos os quais objetivam regular o comportamento social, sem todavia possuir um caráter obrigatório ou vinculativo, isto é, o seu não cumprimento, via de regra, não enseja sanções jurídicas, não havendo homogeneidade[[133]](#footnote-134).

A propósito, o professor Miguel S. Neves, no artigo *Soft Law*, menciona vários tipos de norma *Soft Law*, destacando a *Soft Law* primária (referentes a textos normativos endereçados à comunidade internacional ou a totalidade de membros de uma organização), a *Soft Law* secundária (vinculada a instrumentos de *Hard Law*, especialmente a tratados internacionais, que objetivam a sua interpretação ou a integração de lacunas), a *Soft Law* autônoma (a qual não tem qualquer relação com a *Hard Law*, cuja característica principal é a inexistência de envolvimento de Estados, ou seja, é produzida através de entes/atores não estatais), e a *Soft Law* legal (que se refere a uma *Hard Law* fraca, pois se trata de normas inseridas em um instrumento de *Hard Law* frágil)[[134]](#footnote-135).

Assevere-se, assim, que a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos pode ser caracterizada como uma norma *Soft Law* primária, à medida que se tornou adaptável à legislação dos países que a subscrevessem (sem possuir caráter vinculante), bem como teve uma certa força para a sua observância, ou seja, embora não seja uma convenção ou um tratado, teve e tem um caráter político e moral, recebendo, destarte, a anuência dos Estados para sua observância, transformando em fonte de direito[[135]](#footnote-136), vale dizer, paulatina e constantemente passou a constituir-se numa categoria de direito caracterizado por normas de determinação e obrigatoriedade por estar respaldada por sanção[[136]](#footnote-137).

Neste diapasão, contempla-se que os artigos 1º a 4º da referida Declaração tratam do estreito elo entre a dignidade e o genoma humano. Assim, afirma, o art. 1º, o reconhecimento da dignidade e diversidade inerentes aos próprios membros da família humana, que se traduz na herança da própria humanidade, porquanto os genes humanos representa um dos elementos distintivos da própria humanidade, sendo, consequentemente, imprescindível a preservação para as gerações futuras, pretendendo evitar a patrimonialismo do genoma humano, especificamente com o problema das patentes[[137]](#footnote-138).

De outra face, contempla-se que o art. 2º garante a todos, independentemente de suas características genéticas, o direito por sua dignidade e seus direitos humanos, não permitindo que os seres humanos sejam reduzidos às suas características genéticas, respeitando-se a singularidade e diversidade de cada ser.

Ademais, verifica que o genoma humano se encontra sujeito à mutações (em decorrência de sua própria evolução), bem como de interação com o ambiente e suas condicionantes (Art. 3º), não podendo ser objeto de apropriação financeira (Art. 4º).

Observa-se, outrossim, que a Declaração Universal do Genoma Humano, sem ter o caráter de estabelecer condutas proibidas e permitidas, consagrou alguns princípios a serem seguidos, tanto pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas, como também pelos cientistas e especialistas dos mais variados campos do conhecimento, que lidam com a matéria. São eles: Princípio da não discriminação, segundo o qual a todos são assegurados dignidade e ninguém poderá ser discriminado, em razão de suas características genéticas, descabendo qualquer forma de estigmatização (Artigos 2º e 6º); Princípio da autonomia individual, devendo ser entendido como o princípio garantidor de que o ser humano se encontra no centro de todo o processo de pesquisa de evolução do genoma humano, e que qualquer intervenção será sempre efetivada mediante o livre e prévio consentimento do indivíduo (Art. 5º); Princípio da primazia dos direitos fundamentais, liberdade de investigação, prudência e responsabilidade (Artigos 10 e 12 ao 15) destacando que o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais sempre prevalecerão sobre as pesquisas referentes ao genoma humano, no âmbito da biologia e medicina genética; princípio do sigilo dos dados genéticos, através do qual resta estabelecido o resguardo aos dados genéticos dos indivíduos ou grupos de pessoas submetidas a qualquer procedimento de pesquisas referentes ao genoma humano (Art. 7º); princípio da justa reparação por danos sofridos, segundo o qual qualquer dano sofrido por uma pessoa, em face de intervenção que tenha afetado o genoma, será objeto de pronta e justa reparação, na conformidade de lei internacional e nacional (Art. 8º)[[138]](#footnote-139).

O mencionado Art. 5.º, c, da Declaração Universal do Genoma Humano, estabelece o direito de cada indivíduo a decidir se quer ou não ser informado dos resultados de um exame genético e suas consequências. Trata-se do denominado “direito de não saber”. De efeito, contempla-se ser um direito fundamental do cidadão receber do médico e demais profissionais da área, informações apropriadas e compreensíveis, sobre o seu estado de saúde. Todavia, a pessoa pode, evidentemente, manifestar seu desejo de não receber a referida informação, não sendo obrigado a receber tais informações, estando o referido direito incluído na noção de autodeterminação informativa, esclarecendo-se que esta faculdade de controle, além de envolver a possibilidade de prestação de informação a terceiros, diz respeito, também, a perspectiva interna do indivíduo, traduzindo-se no direito do cidadão de se negar a tomar conhecimento de informações que lhe afeta, decidindo, inclusive qual a quantidade de informações que deseja saber, haja vista o impacto que as informações genéticas pode lhe causar, cabendo asseverar que, de regra, deve ser respeitado o direito de toda pessoa a não ser informado, especialmente nos naqueles casos que a informação genética poderá trazer angustia e incerteza sobre a possibilidade de haver contraído determinada enfermidade[[139]](#footnote-140).

Contudo, devem ser excepcionadas as hipóteses em que são imprescindíveis a prestação da informação, em decorrência da necessidade do término de um tratamento, ou, ainda, nos casos em que a pré-citada informação seja necessária para garantir a saúde da própria pessoa afetada, de terceiros ou da coletividade, sendo certo que nos casos de enfermidade que ainda não se tenha chegado a um tratamento, nem muito menos uma prevenção, teremos, tão somente, aumento da angustia e desassossego do indivíduo, em nada contribuindo para minorar a doença ou acalmá-lo, sendo esta a principal motivação daqueles que defendem o direito de não ser informado contra a própria vontade do indivíduo[[140]](#footnote-141).

Assevere-se, ainda, que restou assentada a necessidade do estabelecimento de requisitos ou condições para o exercício de atividades de pesquisadores, especialmente quanto aos cuidados, cautelas, honestidade intelectual e a integridade na realização e apresentação das respectivas pesquisas, em decorrência das implicações éticas e sociais, salientando, ademais, a responsabilidade dos formuladores de políticas, públicas ou privadas, científicas, bem como dos Estados no pertinente à adoção de medidas (Art. 13).

Quanto aos fins das pesquisas sobre o Genoma Humano, cabe aos Estados a adoção de medidas destinadas a fomentar condições intelectuais e materiais favoráveis à liberdade e livre exercício no desenvolvimento das pesquisas, observando sempre as implicações éticas, legais, sociais e econômicas, visando a salvaguarda do respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana, bem como a proteção da saúde pública, conforme estabelecido nos artigos 14 e 15, da Declaração.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos reconhece, outrossim, a necessidade de criação, por parte dos Estados, de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas, para fins de avaliação das implicações éticas, legais e sociais, levantadas pelas pesquisas com o genoma humano e as aplicações da mesma (Art. 16), com objetivo de garantias dos direitos fundamentais.

De acordo com os artigos 17 a 19, é dever dos Estados promover a prática de solidariedade com as pessoas ou grupos vulneráveis, estimulando a realização de pesquisas concernente a identificação, prevenção e tratamento de doenças genéticas, especialmente doenças raras e endêmicas, cabendo, ainda, aos Estados fomentar a cooperação internacional (observando os princípios contidos na Declaração), mediante adoção de mecanismos de disseminação de conhecimento científico, referentes às pesquisas genéticas, especialmente entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, estimulando o livre intercâmbio de conhecimentos e informações científicas, através da promoção de pesquisas, por parte dos países em desenvolvimento, nos campos da Biologia e Genética Humana, considerando-se os problemas específicos dos países em desenvolvimento, beneficiando-se estes países das conquistas resultantes, especialmente em favor do progresso econômico e social.

Em suma, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos tem como um dos seus pontos mais forte a afirmativa de que o genoma humano deve ser considerado como patrimônio da humanidade, destacando a necessidade de implementação de medidas visando o fomento de pesquisas, treinamento e estudos, objetivando o avanço de tecnologias, sem descurar dos princípios estabelecidos na Declaração, evitando práticas que possam ser contrárias à dignidade humana, notadamente intervenções nas células germinativas.

### *3.1.6. As convenções da Organização Internacional do Trabalho*

Inicialmente, cumpre destacar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a única agência da Organização das Nações Unidas (ONU), de formação tripartite (ou seja, têm representantes de governos, entidades empresariais e entidades representantes de trabalhadores de 187 países), possuindo como missão a promoção de políticas, objetivando que homens e mulheres tenham oportunidades de acesso a trabalho decente, sendo esta condição essencial parasuperar a pobreza, bem como reduzir as desigualdades sociais, garantindo a governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, ou seja, o objetivo da OIT não se restringindo a melhoria das condições de trabalho, mas sim, vai muito além, pois visa a melhoria da própria humanidade, mediante a promoção de justiça social[[141]](#footnote-142).

Neste sentido, cumpre destacar que o Tratado de criação da OIT, de 1919, já estabelecia que o trabalho não pode ser considerado simplesmente produto, um artigo ou mercadoria, e, via de consequência, caber asseverar que o ser humano não pode ser tratado também como um ser desprovido de valores, de dignidade. Trata-se, em verdade, do estabelecimento do princípio ético-jurídico que se espraia sobre todo o Direito do Trabalho[[142]](#footnote-143). Assim, contempla-se que o valor social “Trabalho” deve estar sempre a clamar aos governantes e empresários pelo respeito aos direitos dos trabalhadores, notadamente quanto à dignidade e privacidade.

De outro passo, destaque-se que a OIT, através de sua Conferência Internacional (assembleia geral de todos os Estados membros participantes), apresenta as diretrizes gerais da política social a ser observada, manifestando-se através de Convenções e Recomendações, bem como adotando resoluções, estas no que diz respeito às questões relativas à organização, finalidade e competência, bem como decide sobre pedidos de admissão de países não pertencentes à ONU, e sobre eventuais descumprimentos de tratados assinados, cabendo mencionar, assim, que a OIT tem um papel fundamental no progresso das relações de trabalho em todo o mundo (especialmente quanto aos 187 países que são membros da OIT), ressaltando-se que as Convenções são tratados internacionais, as quais foram aprovadas por um *quorum* qualificado de 2/3 dos presentes à Assembleia, enquanto que as Recomendações também são normas internacionais, todavia não alcançaram o *quorum* qualificado de 2/3, razão pela qual foram aprovadas por maioria simples, mas que, obviamente, influem no direito interno de cada País, sendo fonte formal de direito, cabendo a estes ratificá-las[[143]](#footnote-144).

Quanto às Recomendações, cabe destacar a Recomendação nº 200, da OIT, sobre o HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho, que estabelece políticas de desenvolvimento de programas objetivando proteção de trabalhadores em atividades expostas ao risco de transmissão de HIV e AIDS, bem como de proteção de privacidade em relações às referidas doenças. Ademais, relativamente às Convenções da OIT, instar salientar que, no tocante à garantia contra a discriminação, o Brasil, por através do Decreto nº 62.150, de 19.01.1968, adotou a Convenção nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, determinou o seu integral cumprimento, na forma como nela se contém.

A referida Convenção estipula que por “discriminação deve ser entendida toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”, salientando-se que toda e qualquer discriminação representa uma violação dos direitos descritos na DUDH.

A propósito, mister se faz destacar que, nos dias atuais (onde impera a mais ampla competição no mercado de trabalho) observam-se os casos de discriminação por sobrequalificação profissional. De efeito, se a discriminação pode ser entendida como a conduta ou ação de estabelecer diferenças que violem os direitos de pessoas, com base em critérios injustificados e injustos, teríamos a sobrequalificação como a qualidade do empregado que possui formação superior à complexidade das tarefas que realiza, vinculando tal conceito à percepção de que, em algumas categorias, os profissionais - por possuírem uma qualificação profissional mais elevada que seus superiores hierárquicos - são alijados em processos de seleção a postos de trabalho, ou mesmo são rejeitados em processos de promoção interno, ou, ainda, são dispensados do emprego, em face de possuírem qualificação profissional superior aos seus entrevistadores ou superiores hierárquicos[[144]](#footnote-145).

A Jurisprudência brasileira, a toda evidência, assentou-se no sentido de respeito à dignidade do ser humano, notadamente para a proteção contra atos de discriminação no ambiente do trabalho. Por oportuno, saliente-se a existência de casos em que o Empregador, tomando conhecimento da enfermidade adquirida pelo trabalhador (especificamente em caso de portador do vírus HIV), opta pela rescisão do contrato de trabalho, cometendo, assim, a toda evidência, ato discriminatório (de acordo com a Recomendação 200 da OIT, de 17.06.2010), conforme se observa do julgado do colendo Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa transcreve-se abaixo:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido. (TST E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00).

Ademais, trazendo à colação decisão do Supremo Tribunal de Justiça, tratando de assédio moral de uma médica, que trabalhava na Unidade de Transplante Renal de um Hospital de Lisboa, observa-se que a empregadora impôs à autoraa prestação de trabalho suplementar e noturno, assumindo, assim, uma conduta ilícita, em violação dos arts. 76.º e 77.º do Código de Trabalho de Portugal, desrespeitando a dignidade que era devida à Autora, enquanto sua trabalhadora, e o seu direito à integridade física e moral a que alude o art. 18.º, do CT, na medida em que a obrigava a prestar trabalho em condições de saúde que aconselhavam a restrição de esforços físicos e era susceptível de fazer perigar a segurança do trabalho a realizar, destacando que a Autora sofreu danos que, pela sua gravidade merecem a tutela do direito, haja vista que passou a sofrer desgosto anímico e psicológico, instabilidade na sua vida profissional e um sentimento humilhação pela forma como foi tratada pela Administração do Hospital, sendo obrigada a ser acompanhada por um psicoterapeuta que lhe diagnosticou uma síndrome depressiva, com alteração de humor, instabilidade emocional, insônias, fadiga e baixa de autoestima, passando a fazer uso de medicação para combater a ansiedade e insônias, além de que demonstrada a prática pela empregadora de fatos violadores da integridade física e moral desta, bem como da sua dignidade, conforme consta do acórdão abaixo transcrito:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça - STJ: Processo: 420/06.7TTLSB.L1.S1 Nº Convencional: 4ª SECÇÃO Relator: MÁRIO BELO.

* CONTRATO DE TRABALHO DISCRIMINAÇÃO - ASSÉDIO MORAL - INDENIZAÇÃO - Data do Acordão: 01/10/2014- Votação: UNANIMIDADE
* Texto Integral: Privacidade: 1 Meio Processual: REVISTA Decisão: NEGADA A REVISTA.
* Área-Temática: DIREITO CIVIL - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / FONTES DAS OBRIGAÇÕES / RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO TRABALHO - CONTRATO DE TRABALHO / SUJEITOS / IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO / TRABALHADOR COM CAPACIDADE DE TRABALHO REDUZIDA / TRABALHADOR COM DOENÇA CRÓNICA / DIREITOS, DEVERES E GARANTIAS DAS PARTES - INCUMPRIMENTO DO CONTRATO. Legislação Nacional:
CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 494.º, 496.º, N.º3.
CÓDIGO DO TRABALHO (CT) / 2003: - ARTIGOS 18.º, 22.º, 23.º, 24.º, 26.º, 71.º, N.º1, 76.º, 77.º, 120.º, A) E C), 122.º, C), 363º REGULAMENTO DO CT/2003 (LEI N.º 35/2004, DE 29 DE JULHO): - ARTIGO 32.

Verifica-se, portanto, que mesmo as pessoas sem qualquer tipo de deficiência física sofrem com atos violadores da integridade física e moral, no ambiente de trabalho, redundando em assédio moral, praticado por preposto, chefe ou superior hierárquico das empregadoras, sobressaindo-se que o problema mais se agrava quando tratamos da discriminação dos deficientes no mercado de trabalho, tanto no Brasil como em Portugal.

Assim, destacamos que uma das formas de combate à discriminação de pessoas com deficiência física se trata da inserção no mercado de trabalho, através da denominada discriminação positiva[[145]](#footnote-146), objetivando a proteção de parte da população (minorias), mediante a criação de mecanismos de tratamento diferenciado na ordem jurídica.

Trata-se das denominadas ações afirmativas, salientando que os países europeus adotaram medidas destinadas à reserva de percentual de postos de trabalho para pessoas portadoras de deficiência (em consonância com o espírito da Convenção 159 da OIT e Directiva 2000/78/CE do Conselho), destacando a Alemanha, Itália, França, Portugal, Espanha, bem como no Brasil (Lei 8.213/91), onde foi, também, estabelecido percentual de vagas de trabalho para pessoas/trabalhadores deficientes.

Verifica-se, outrossim, que o Tribunal Constitucional de Portugal, na apreciação do Processo n.º 963/06, da relatoria do Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, mediante Acórdão N.º 101/2009, abordou a Constitucionalidade de normas da Lei 32/2006, que trata da utilização de técnica de procriação medicamente assistida (PMA), especificamente quanto à utilização de embriões em investigação científica, possibilidade de recursos à técnica de procriação medicamente assistida, para tratamento de doença de terceiro, e a não punição da clonagem reprodutiva e admissibilidade da técnica de transferência de núcleo, dentre outras questões ali debatidas.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional de Portugal decidiu pela rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal da Lei 32/2006, de 26 de julho (que tem aplicação sobre as técnicas de inseminação artificial; fertilização *in vitro*; transferência de embriões, gametas ou zigotos; injeção intracitoplasmática de espermatozóides; diagnóstico genético pré-implantação; as situações de gestação de substituição e, ainda, as demais técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiária), permitindo, destarte, o amplo avanço das pesquisas no campo genético, ressaltando, contudo, a necessidade de resguardo da dignidade de todos os envolvidos, bem como proibindo a discriminação com base no patrimônio genético ou, ainda, no fato de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida[[146]](#footnote-147). Importa salientar a referida decisão foi por imensa maioria, havendo, apenas, dois Conselheiros (Maria Lúcia Amaral e Benjamin Rodrigues), que restaram vencidos em parte, nada obstante a própria complexidade da matéria em exame.

# CAPÍTULO IV - A Identidade Genética e Repercussão na Contratação de Trabalhadores

## 4.1. Considerações iniciais

Em primeiro, cabe averbar que a identidade genética e sua repercussão na contratação de trabalhadores é um daqueles temas que causa, de imediato, uma preocupação enorme para o operador do Direito, à medida que, para além de ser um tema novo, ou seja bastante atual, diz respeito a um assunto que se encontra em completa ebulição, haja vista não somente o desenvolvimento constante das pesquisas e testes, como também a profusão de novos conhecimentos, advindos do incremento de novas tecnologias na medicina genômica, importando, a toda evidência, em um sem número de questionamentos e interrogações.

Assim, insta ressaltar, em princípio, que a Constituição de Portugal, em seu artigo 2.º, estabelece que a República assenta-se na efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, consagrando o artigo 26.º a reserva da intimidade da vida privada, bem como, a proteção contra várias formas de discriminação (vislumbrando-se que esteja neste comando constitucional, o afastamento da discriminação por motivos genéticos), garantindo, outrossim, a inviolabilidade de informações relativas às pessoas e suas famílias.

De outro passo, consigne-se o disposto no art. 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assinalando, dentre eles, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, inclusive, obviamente, a discriminação por causas genéticas, bem como o princípio da igualdade, previsto no Caput, do Art. 5º.

Realce, por oportuno, que as informações pessoais e genéticas, para além de influenciar na vida das pessoas, podem acarretar consequências específicas nas relações de trabalho, bem como quanto aos seguros de vida, merecendo, assim, uma atenção especial dos operadores do Direito.

Nada obstante, contempla-se que no Direito da União Europeia não há uma normativa, uma Declaração da UE de caráter vinculante, salientando-se, ainda, que nem todos os países possuem legislação para regular a matéria, havendo, todavia, as Convenções e Declarações, anteriormente assinaladas, as quais ressaltam sempre a necessidade de que seja garantido o amplo respeito pela dignidade e os direitos humanos de cada pessoa, conforme estabelece o Artigo 12º, da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos.

Neste sentido, destaque-se a inexistência, no Brasil, de legislação infraconstitucional específica quanto à matéria da identidade genética e a contratação de trabalhadores.

Assinale-se, contudo, que, muito embora inexista, na seara laboral, uma legislação própria regulando a matéria relativa aos reflexos da identidade genética sobre a contratação laboral, cabe ao interprete utilizar de normas análogas, de caráter supletivo, objetivando sanar a omissão legislativa.

Com efeito, relativamente ao contrato de trabalho, contempla-se que, no Brasil, desde a contratação até por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, o trabalhador efetua alguns exames (denominados admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função, e o demissional), os quais fazem parte do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), cujo objetivo é de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores, conforme previsto na NR-7, expedida pelo antigo Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente uma Secretaria do Ministério da Economia), integrando o referido Plano às demais ações e orientações previstas nas demais Normas Regulamentadoras.

Neste sentido, o resultado de tais exames pode ser utilizado para evitar que o trabalhador venha a ter seu quadro de saúde agravado, em razão das condições de trabalho, ou seja, tais exames e testes devem sempre buscar a melhoria das condições de saúde e trabalho, evitando, destarte, qualquer atitude de discriminação laboral.

De outro passo, imprescindível se torna destacar que, em alguns países da UE foram aprovadas normas proibindo a discriminação, no momento da contratação, com base no patrimônio genético, como Portugal, França, Suécia, Finlândia e Dinamarca, enquanto que outros não permitem o conhecimento, por parte dos empregadores, de informações genéticas dos empregados sem o consentimento expresso dos titulares das informações, como Áustria, Países Baixos, Luxemburgo, Grécia e Itália.

Além disso, destaque-se a aprovação, nos Estados Unidos, da Lei de Não Discriminação genética (*Genetic Information Nondiscrimination Act* - GINA), sancionada em 21 de maio de 2008. Trata-se de uma Lei Federal, cujo objetivo é a proteção dos cidadãos contra a discriminação por motivação genética, sendo aplicável tanto nas questões de seguro, quanto da contratação laboral. No pertinente às relações de trabalho, a referida Lei de Não Discriminação genética (GINA) se aplica a todos os empregadores com 15 ou mais empregados, independentemente da referida atividade empresarial possuir ou não fins lucrativos.

A GINA estabelece a proibição de utilização de informações genéticas para fins de tomada de decisões quanto à contratação, demissão, promoção, pagamento ou concessão de privilégios a empregados, assinalando, ainda, a ilegalidade de atos de imposição de limitações, segregação, ou maltratatos, bem como a impossibilidade de utilização das informações de saúde da família e os resultados dos testes genéticos para fins de contratação de empregados.

Além disso, em caso do empregador tomar conhecimento de informação genética de empregado (mesmo de forma inadvertida), embora não se configure, em tese, qualquer ilicitude, ficará obrigado a manter tais informações em sigilo, não podendo os empregadores utilizar as referidas informações genéticas coletadas (que são os testes genéticos de um indivíduo ou, ainda, os testes genéticos dos próprios membros da família do empregado), para fins de adotar atitudes discriminatórias de seus empregados[[147]](#footnote-148).

## 4.2. A legislação de Portugal

*A priori*, ressalte-se a existência da Lei 12/2005, de 26 de janeiro, regulando minudentemente amatéria da discriminação genética, estabelecendo os conceitos de informação de saúde e de informação genética.

Neste trilhar, a referida Lei 12/2005, em seu artigo 2.º, define como informação de saúde os dados ou informações ligadas à saúde da pessoa, seja informação atual ou futura, mesmo que já tenha falecido, bem como a histórico clínico e familiar, sendo esta pessoa a titular da propriedade de tais informações.

Observa-se que a Lei 12/2005 estabeleceu, de maneira cabal e taxativa, a impossibilidade de discriminação, esclarecendo que nenhuma pessoa pode ser discriminada, em razão de ser portador de doença genética ou em decorrência do seu patrimônio genético (Artigo 11.º, 1), especialmente para fins de obtenção ou manutenção de emprego (Artigo 11.º, 2), bem como restou assegurado o aconselhamento genético e acesso aos testes genéticos a todas as pessoas, mediante critério equitativo, e, ainda, garantindo-se as necessidades das populações mais fortemente atingidas por doenças genéticas, conforme dispõe o Artigo 11.º, 4.

No pertinente à herança genética e a repercussão na contratação de trabalhadores, de forma específica, esclareça-se que restou estabelecida a proibição de realização ou utilização de testes genéticos, para fins de seleção, objetivando a contratação de trabalhadores, conforme preceitua expressamente o Artigo 13.º, 1, da referida Lei.

De outro lado, contempla que, mesmo com autorização do empregado, não pode o Empregador submeter o empregado a teste genético, ou, ainda, não pode utilizar resultados de exames genéticos, obtidos previamente, conforme consignado no Artigo 13.º, 2, da Lei 12/2005.

No tocante ao ambiente de trabalho, notadamente quanto aos riscos específicos que esteja sujeito o empregado (em decorrência de ser portador de determinada enfermidade ou que tenha susceptibilidade a desenvolvê-la, ou, ainda, nos casos de afetar a capacidade de desenvolver uma tarefa com segurança), verifica-se que as informações genéticas do empregado somente podem ser utilizadas em seu benefício (como por exemplo, para afastá-lo do referido ambiente hostil à sua saúde), jamais em prejuízo do trabalhador, salientando-se, ainda, que o teste genético somente poderá ser efetivado, após consentimento do trabalhador e com o aconselhamento genético apropriado.

É imprescindível averbar que os resultados do exame somente podem ser entregues ao próprio trabalhador, sem qualquer prejuízo para o contrato de trabalho, ou seja, o objetivo é sempre um tratamento médico adequado (sem que seja posta em causa a situação laboral do trabalhador), especialmente em face da interferência do ambiente de trabalho no gene, conforme inteligência do Artigo 13.º, 3, da mencionada Lei.

Além disso, observe-se que, nos casos em que possa apresentar riscos extremamente graves para a segurança ou a saúde pública, bem assim para a saúde do empregado, poderá ser realizado testes genéticos, mesmo sem o consentimento deste, haja vista que estará em causa o bem maior da segurança e saúde pública e da própria integridade física do trabalhador, devendo a realização dos referidos testes ser efetuada e supervisionada, por uma agência ou entidade independente, e não pela empresa empregadora, cabendo a esta assumir os encargos, conforme preceitua o Artigo 13.º, 4, 5, e 6, da Lei 12/2005.

De outro lado, é imprescindível ressaltar o direito ao aconselhamento genético, antes e depois da realização de testes preditivos, e, ainda, caso necessário, o acompanhamento psicológico, conforme dispõe o Art. 17.º, 3, da referida Lei 12/2005, observando que o aconselhamento genético tem em mira além da pessoa do trabalhador (nos casos de verificação de predisposição a existência da doença), a sua própria família, haja vista as repercussões sobre o próprio progresso e vida dos descendentes do trabalhador submetido aos testes preditivos.

A propósito, contempla-se que poderá haver discriminação, em função da realização de teste preditivo, porquanto o empregador, tendo conhecimento da predisposição do trabalhador para o desenvolvimento de determinada doença genética, poderá optar por negar o emprego ao candidato a posto de trabalho, candidato esse que poderá nunca desenvolver a enfermidade, cabendo, assim, a realização de uma análise criteriosa dos resultados de tais testes, por parte dos profissionais médicos, visando, inclusive, adoção de medidas pelas empresas, que tenham o condão de contenção de eventuais danos à saúde do trabalhador, evitando, assim, o aumento de seus custos de produção[[148]](#footnote-149).

Saliente-se, ademais, a impossibilidade de patenteamento do patrimônio genético, conforme dispõe o Artigo 20.º, da multicitada Lei.

De outra face, a Assembleia da República de Portugal aprovou a Lei 32/2006, de 26 de julho, que trata da procriação medicamente assistida, estabelecendo as regras a serem utilizadas nas técnicas de procriação através de assistência médica, ressaltando-se a indispensabilidade de respeito à dignidade humana de todas as pessoas envolvidas, bem como da proibição de discriminação com base no patrimônio genético ou, ainda, no fato de se ter nascido em decorrência da utilização de uma das técnicas de procriação mencionadas na referida Lei.

## 4.3. A legislação brasileira

No Brasil, nada obstante inexista legislação infraconstitucional específica quanto à matéria da herança genética e a repercussão na contratação de trabalhadores, saliente-se a promulgação, na década de 90, da Lei n.º 9.029/95, a qual proíbe adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, dentre outros, facultando ao trabalhador optar entre a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, no caso de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório (art. 4 º, II).

Neste diapasão, a jurisprudência brasileira consolidou-se no sentido de coibir prática de dispensa discriminatória, notadamente em decorrência de doença de origem genética, conforme observamos no julgamento do Proc. nº 0016185-04.2015.5.16.0007, do TRT -16a. Região, *in verbis*:

 **Número CNJ:**0016185-04.2015.5.16.0007
**Relator(a):**JAMES MAGNO ARAUJO FARIAS
**Assinatura:**30/04/2019
**Origem:**PJe
**EMENTA:**DISPENSA DO EMPREGADO INAPTO PARA O TRABALHO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REMUNERAÇÃO EM DOBRO NO PERÍODO DO AFASTAMENTO. Tendo constatado a perícia técnica que o reclamante não estava capacitado para o trabalho na data do afastamento, vez que portador de doença com relação de concausa com as atividades desenvolvidas na reclamada, e, ainda, verificando-se que a dispensa se deu em razão da deficiência do autor, correta a decisão que condenou a reclamada no pagamento da remuneração do reclamante, em dobro, durante o período de afastamento, como faculta o art. 4º, II, da Lei nº 9.029/1995, ante o caráter discriminatório da dispensa. Recurso ordinário conhecido e desprovido”.

Ressalte-se, todavia, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.610, de 1998, o qual define os crimes relativos à discriminação genética, bem assim afirma que somente são permitidos os testes preditivos com objetivos médicos ou para pesquisas médicas, definindo o Art. 1º, de forma lacônica, que deve ser compreendida a discriminação genética com sendo a discriminação de pessoas em razão de seu patrimônio genético.

Estabelece, outrossim, o referido projeto, que a realização de testes preditivos de doenças genéticas, ou, ainda, que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença, só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica, e após aconselhamento genético, por profissional habilitado, conforme disposto no art. 2º.

De efeito, contempla-se, a toda evidência, uma preocupação quanto à possível divulgação de resultados de testes genéticos, haja vista a necessidade de preservação das informações sensíveis dos indivíduos submetidos a exame genético, inclusive em relação a terceiras pessoas (mesmo em casos familiares, onde estes terceiros tenham um interesse objetivo em conhecer tais informações)[[149]](#footnote-150), bem como nos casos de relações laborais.

O Projeto de Lei nº 4.610, de 1998, contudo, em seu Art. 6º, capitula como crime impedir o acesso e a permanência em trabalho, cargo, emprego ou função, seja da iniciativa privada ou público, com esteio em informações genéticas do postulante ao posto de trabalho.

Verifica-se, portanto, um grande atraso na legislação brasileira em relação a outros países, notadamente com referência a Portugal, quanto à regulamentação da realização de testes genéticos no que diz respeito à relação de trabalho, pois além do Brasil não possuir, até a presente data, uma legislação regulamentadora da matéria, o projeto de lei que contém, apenas, alguns dispositivos sobre as repercussões na seara trabalhista, tramita a passos lentos na Câmara dos Deputados por mais de duas décadas, sem qualquer perspectiva de colocação para apreciação, em curto espaço de tempo.

Assim, para um perfeito equacionamento de questões, caberá ao operador do direito fazer uso dos princípios gerais do direito, bem como das normas contidas nas convenções e tratados internacionais, notadamente aquelas que tratam da preservação dos direitos humanos.

## 4.4. As várias formas de repercussão na contratação

Ao tempo em que vivemos, na atualidade, uma mudança radical, na sociedade dita moderna, onde assistimos atônitos uma completa trivialização do ser humano[[150]](#footnote-151), verificamos que não é mais incomum as hipóteses de ocorrência de discriminação por motivos genéticos, através de realização de testes em trabalhadores ou em candidatos a postos de trabalho.

Destaque-se, contudo, que não apenas a genética tem influência no surgimento de doenças, pois o meio ambiente, também, tem impacto forte no desenvolvimento de enfermidade, não podendo, por conseguinte, afirmar que apenas o gene impõe o aparecimento de determinada enfermidade.

Neste sentido, observa-se que este controle, visando à obtenção de emprego, pode ser concretizado de duas formas: uma direta, por através de testes genéticos no próprio candidato ao emprego; ou de forma indireta, mediante o exame da própria árvore genealógica do candidato ao emprego.

A seguir, examinaremos especificamente as hipóteses de implicação da informação genética sobre as relações laborais.

### *4.4.1. A fase de pré-contratação e a identidade genética do postulante ao emprego.*

Em primeiro, averbe-se que o princípio da igualdade deve ser destacado como um limite, quando das tratativas para contratação de trabalhadores, para fins de proibir condutas discriminatórias[[151]](#footnote-152), em face da existência de norma constitucional expressa, tanto na Constituição Federal (artigos 3º, IV, e 5º), como na Constituição da República Portuguesa (artigos 13.º e 26.º, 1). No mesmo sentido, em diversos outros países, há semelhantes regras, como na Espanha (art. 14).

No entanto, cabe salientar que, de regra, não há uma vinculação do empregador, no momento da contratação, pois tem a mais ampla liberdade para contratar, ou seja, o empregador age livremente, com ampla liberdade no momento da celebração do contrato de trabalho.

Todavia, é imprescindível o respeito aos princípios fundamentais e as disposições dos Tratados e Convenções internacionais, os quais o Estado aderiu. É que, em face da adesão às Convenções ou Tratados, os países signatários se obrigam ao cumprimento de tais normas, pois as referidas normas ingressam no Ordenamento Jurídico nacional, fazendo-se, obviamente, a devida adequação, ou seja, é indispensável que se respeite alguns limites, haja vista a necessidade de haver uma compatibilização entre a liberdade de negociação e o princípio da igualdade[[152]](#footnote-153), porquanto a liberdade de contratação não importa em “cheque em branco” para o empregador fazer e acontecer, ou seja, não importa dizer que não existam limites a serem ponderados.

Vê-se que, de fato, essa necessidade de compatibilização atende a reclamos de ordem “de não discriminação”, como também no pertinente à própria privacidade do trabalhador candidato a contratação.

A propósito, quanto a esta fase de pré-contratação, contempla-se que a violação ocorre na própria seleção para o ingresso, conforme ensina o mestre Maurício Godinho Delgado, posto que o empregado (premido pela necessidade de conseguir um emprego) se submete às exigências do empregador, ao ponto de abrir mão de seu direito à preservação da intimidade, haja vista que a empresa ultrapassa seus limites de obtenção de informações específicas para relação trabalhista, chegando a se imiscuir na própria vida privada do trabalhador, buscando informações sobre atividades sindicais, religião, aspectos políticos, exigência de teste de gravidez, antecedentes criminais (sem qualquer vinculação com a atividade a ser desenvolvida), exigência de testes para detecção de uso de substâncias tóxicas, destacando-se que aludidas indagações podem importar em violação à intimidade[[153]](#footnote-154).

De efeito, em regra, não deve haver exigibilidade de testes genéticos, por parte do empregador, pois isso representa uma garantia não somente para o candidato ao posto de trabalho, como também para seus descendentes, haja vista que através da realização dos referidos testes genéticos, seria possível saber, por exemplo, a que doença hereditária estaria sujeito um filho deste candidato a emprego submetido ao teste genético.

Dito de outra forma, a possibilidade do empregador aceder a testes preditivos do empregado não pode ser permitida, notadamente na fase inicial de contratação, haja vista que coloca nas mãos do empregador toda a história genética do trabalhador, passando a contar com uma autêntica bola de cristal, com as características genéticas de seu futuro empregado, possibilitando, assim, uma verdadeira seleção genômica, eliminando o risco sobre a evolução do estado futuro de saúde do trabalhador, importando, assim, em verdadeira afronta aos direitos fundamentais desse trabalhador, razões pelas quais a proibição de acesso às informações genéticas se torna imprescindível[[154]](#footnote-155).

Contudo, por exceção, em casos excepcionalíssimos, caberia, pois, o reconhecimento da possibilidade de submissão - do pretenso candidato ao posto de trabalho – à realização de testes genéticos, a fim de garantir a saúde e integridade de terceiros, como os próprios colegas de trabalho, bem como de clientes da empresa, e, ainda, em caso de extrema relevância para a preservação da saúde do próprio candidato ao posto de trabalho, observando-se uma série de garantias procedimentais, visando o resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana[[155]](#footnote-156), conforme assevera o Prof. João Leal Amado.

Ademais, o prof. Manoel Jorge da Silva Neto assevera que, regra geral, observamos a impossibilidade de exigência de testes genéticos em candidatos a postos de trabalho, salvo na excepcionalidade de que os aludidos testes estejam intimamente relacionados com a atividade a ser desenvolvida, ou, ainda, em função da própria identidade genética do postulante ao emprego, mantendo-se a observância de atendimento dos princípios de igualdade e não discriminação (ou melhor, discriminação legítima)[[156]](#footnote-157).

Neste sentido, outra interrogação se coloca, qual seja, a problemática atinente ao consentimento. É que mesmo nos casos em que a empresa recebe, por ocasião da admissão, autorização do trabalhador para ter acesso a seus dados pessoais, tal fato não autoriza a empresa, por si somente, a buscar informações sobre a intimidade do trabalhador, notadamente quanto aos dados sensíveis (informações genéticas do trabalhador).

De efeito, o consentimento do trabalhador deve ser analisado sob duplo aspecto, sob os limites de referida autorização (até que ponto pode o Empregador exigir que o pretenso candidato à vaga de trabalho conceda tal autorização), bem como se essa autorização, mesmo com o consentimento do pretenso trabalhador, será tida como válida.

De logo, afirma que o empregador não pode impor, ao futuro trabalhador, a obrigação de concessão de autorização, pois se trata consentimento viciado, posto que concedido no momento da contratação, salvo se esta informação tenha exata ligação com o trabalho, como por exemplo, no caso de trabalhador que irá exercer atividade em local de trabalho que expõe o obreiro ao contato direto com agentes químicos agressivos à saúde, que pode desencadear uma enfermidade de caráter genético, ou, ainda, agravar uma doença que o trabalhador já era portador, ou seja, apenas e tão somente nestes casos especiais, por exceção, poderia se imaginar a hipótese de utilização de testes genéticos, para fins de contratação de trabalhador.

Neste diapasão, importa mencionar o entendimento firmado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, sobre a realização de testes de HIV para a contratação de empregado, *in verbis*:

Processo: [**RR - 130034-11.2015.5.13.0015**](https://jurisprudencia.tst.jus.br/#69b640ac0bbd952475ef2d30c2361b63) - Órgão Judicante: 6ª Turma - Relatora: CILENE FERREIRA AMARO SANTOS - Julgamento: 15/05/2019 – Publ.: 24/05/2019.

**REPARAÇÃO POR DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE TESTE DE HIV COMO REQUISITO PARA ADMISSÃO. TRANSCENDÊNCIA.** O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). **O Tribunal Regional entendeu que a exigência de teste de HIV para a contratação, fato não contestado, é discriminatória e abusiva, o que está em consonância com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A matéria debatida não possui transcendência econômica, política, jurídica ou social. Transcendência não reconhecida. Recurso de revista de que não se conhece**.

Demais disso, necessário se torna trazer à colação o caso da atleta profissional de voleibol e a suposta anemia falciforme. Neste específico caso, uma atleta profissional de voleibol negra, convocada para atuar pela Seleção brasileira, objetivando disputar uma competição internacional, no ano de 2004, foi desligada dos treinamentos preparatórios não por questões técnicas, mas sim, sob a alegativa de que testes genéticos realizados detectaram que a referida atleta tinha traço falciforme (“hemoglobina do tipo AS”), o qual a impediria de praticar esporte, haja vista que, segundo a própria comissão médica da Confederação Brasileira de Voleibol, poderia vir a ter, a referida atleta, inclusive morte súbita, razão pela qual a carreira da atleta terminaria naquela ocasião. Todavia, a presença de um traço falciforme não significa dizer que a pessoa seja portadora de anemia falciforme.

Em verdade, a anemia falciforme é uma deformação genética que altera as hemoglobinas e prejudica o transporte de oxigênio organismo, podendo em alguns casos levar a óbito, enquanto que a traço falciforme não se trata de uma doença, sendo uma característica genética com pouca repercussão no dia-a-dia da pessoa[[157]](#footnote-158).

Neste caso específico, a atleta ingressou com recurso de tal Decisão, demonstrando que o seu desligamento foi efetuado, com arrimo em teste genético, cuja interpretação do resultado se deu equivocadamente (pois o traço falciforme não se trata de enfermidade, bem como a pessoa portadora do gene não possuiu qualquer restrição à prática de atividade desportiva, mesmo de grande impacto), postulando a sua reintegração à equipe, havendo sido deferida a postulação (com a reintegração da atleta à equipe), ressaltando-se, todavia, que tal deferimento ocorreu tardiamente, após a viagem da equipe e já iniciada a competição, sendo certo que a referida atleta não foi novamente convocada, sob a pecha de que era portadora de enfermidade genética, havendo prejuízo, tanto no concernente ao desenvolvimento psicológico, quanto ao seu desenvolvimento profissional[[158]](#footnote-159).

O referido caso foi o desencadeador de exame e manifestação das autoridades governamentais brasileiras, pois, juntamente com outros vinculados à prestação de serviço militar, levou o Ministério da Saúde a emitir, em 2007, um Comunicado, denominado “Traço Falciforme- Consenso brasileiro sobre atividades esportivas e militares”, o qual, verdadeiramente, é o resultado de um amplo estudo de *experts* do referido Ministério, onde restou reconhecida expressamente a equivocada discriminação genética, assegurando que os atletas com traço falciforme podem praticar qualquer atividade física de alto impacto, seja na condição de amador ou profissional[[159]](#footnote-160).

Contempla-se, no presente caso, um paradigma de discriminação genética, ou seja, de uso indevido da informação genética, haja vista que a Confederação Brasileira de Voleibol não observou o princípio da confidencialidade da informação genética, havendo divulgado em público que o desligamento da atleta era decorrente da constatação do traço falciforme, que importaria em séria enfermidade, capaz de levar a óbito repentino. Ou seja, dito de outra forma, estamos diante de um exemplo típico de discriminação por motivo genético, causando graves danos, com repercussão na atividade laboral da atleta profissional, pois a mencionada atleta perdeu inúmeras oportunidades de contratação por diversos clubes, tendo este enorme prejuízo não somente no que concerne a sua integração social, como também em face dos aspectos de desenvolvimentos físico e psicológico, e, por último, quanto a sua própria carreira de atleta profissional.

Destarte, verifica-se a completa impossibilidade de exigência de testes genéticos preditivos, objetivando a futura celebração de contrato de trabalho, em estreita observância aos princípios constitucionais de garantia da privacidade e intimidade, previstos tanto na Constituição Portuguesa como na Constituição Federal de 1988.

Por último, registre-se o caso do Processo EEOC v. BNV *Home Care Agency*, Inc. (Proc.nº 1: 14-cv-05441-JBW-RML), onde a Comissão de Igualdade de Oportunidades de Emprego dos EUA (EEOC), após haver tentado conciliar a questão e não obeter êxito, ingressou com uma ação contra a BNV *Home Care Agency*, Inc. (empresa com sede em New York), no Tribunal Distrital dos EUA, jurisdição do Distrito Sul de Nova York, com base na Lei de Não Discriminação de Informações Genéticas (GINA), Lei federal essa que proibe a discriminação genética nos Estados Unidos, sob a alegativa de que a referida empresa, prestadora de serviços para idosos, referente ao acompanhamento e atendimento domiciliar, em toda a cidade de Nova York, no momento da contratação de empregados, obrigava, ilicitamente, os candidatos a preencherem um questionário com indagações sobre dados genéticos do candidato ao posto de trabalho e de seus familiares.

A referida demanda foi encerrada mediante acordo. No específico caso, o Juiz Jack B. Weinstein, mediante Decisão de 16.10.2016, homologou acordo para a resolução da ação, onde a empresa se comprometeu a eliminar as questões relacionadas à informações genéticas, bem como a realizar um treinamento antidiscriminação, além de pagar indenização de US$ 125.000 aos empregados atuais da BNV, que foram questionados sobre questões de informação genética não permitidas no formulário de avaliação de saúde de funcionários anteriormente utilizado pela empresa[[160]](#footnote-161), ratificando-se, destarte, o entendimento da impossibilidade de acesso à informações genéticas, por ocasião da contratação de empregados, sejam dados do próprio candidato ou de seus familiares.

### *4.4.2. A identidade genética do trabalhador e sua repercussão no transcurso do contrato de trabalho.*

Cumpre salientar, inicialmente, ser sabido que o empregador, no decorrer do contrato de trabalho, pela própria natureza do vínculo (onde o empregado põe sua força de trabalho à inteira disposição do patrão), tem ampla liberdade de dirigir essa força de trabalho da melhor forma que lhe aprouver.

Assim, os empregadores têm, na conformidade da legislação laboral, a possibilidade de efetuar uma série de exames para prevenção de riscos à saúde dos empregados, porém a autorização para realização dos referidos testes não importa, todavia, em permitir o acesso, por parte dos empregadores, aos registros de dados sensíveis, quais sejam, os diagnósticos e as informações médicas, haja vista a necessidade de preservação da intimidade dos empregados.

Neste diapasão, observa-se que a jurisprudência brasileira firmou-se no sentido de que é impossível a dispensa do empregado na hipótese em que o trabalhador se encontra acometido de enfermidade grave, caracterizando-se como discriminatória referida modalidade de dispensa, *expressis verbis*:

Recurso de Revista n° **TST-RR-1426-98.2012.5.09.0665 -** Recorrente **ASCENDINO HONÓRIO FELISBINO**-Recorrido ITAÚ UNIBANCO S.A. **- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. INVIABILIDADE.**Para a caracterização do dano moral é preciso a conjugação de três requisitos: a comprovação do dano; nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido; a culpa (tendo o art. 927 do Código Civil introduzido, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva, sem culpa, nas situações mais raras aventadas por aquela regra legal). **O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a mantença da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (hepatite C – cirrose crônica)**. De todo modo, fixadas tais premissas pelo Tribunal *a quo*, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. **Agravo de instrumento desprovido.**

A propósito, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 443, onde restou consignado que existe a presunção de discriminação no caso de despedida de empregado portador do vírus HIV (ou de outra doença grave), que suscite estigma ou preconceito, estabelecendo, outrossim, o direito à reintegração no emprego.

De outro passo, relativamente à repercussão de herança genética sobre o contrato de trabalho em andamento, sobreleva esclarecer que, durante o desenvolver do contrato de trabalho, não pode o empregador solicitar do trabalhador o consentimento para realizar testes genéticos, nem muito menos exigir que seu empregado se submeta aos referidos testes.

De efeito, alerta a Prof. Stela Barbas para o fato de que a exigência de testes genéticos poderá impor violação ao próprio direito ao trabalho, previsto no art. 58.º, da Constituição da República Portuguesa, *expressis verbis*:

exigir que um candidato a um emprego ou o trabalhador se submeta a testes genéticos e em função do resultado da análise do seu genoma admitir a recusa da concessão de trabalho por causa da previsão de simples predisposições (pessoas plenamente aptas) e não por incapacidade actual consubstancia violação do direito ao trabalho consagrado no art. 58.º, da Constituição da República Portuguesa[[161]](#footnote-162).

Neste trilhar, qualquer que seja a motivação para buscar a realização de testes genéticos em empregado, de regra, tem-se como inadmissível, diante, reitere-se, da possibilidade de violação dos princípios da privacidade e intimidade, os quais têm sede constitucional.

Assim, sobreleva observar que a possibilidade de acesso ou utilização de informações genéticas, por serem dados sensíveis, somente poderá ser efetuada em casos especialíssimos, bem como com a expressa autorização do empregado, além de que deve ser observado o princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade), bem como o princípio da proporcionalidade em sentido estrito[[162]](#footnote-163), ou seja, é imprescindível um sopesamento entre os princípios que se encontram em jogo, especialmente o princípio maior da dignidade do ser humano.

Neste sentido, trazemos à colação ementa de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de Agravo de Instrumento de Recurso de Revista, onde restou assentado o entendimento de que se torna imprescindível a manutenção do contrato de trabalho para o próprio tratamento do trabalhador/portador de doença grave (garantido, assim, a observância do princípio maior da dignidade humana), sendo considerada discriminatória a referida dispensa, *in verbis*:

Processo: [AIRR - 165140-46.2006.5.01.0027](https://jurisprudencia.tst.jus.br/#_blank). **AGRAVANTE- EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL AGRAVADO -GERSON TELLES DE MENEZES.** Orgão Judicante: 6ª Turma. Relator: MAURICIO GODINHO DELGADO. Julgamento: 06/10/2010. Pub: 22/10/2010.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. INVIABILIDADE.**Para a caracterização do dano moral é preciso a conjugação de três requisitos: a comprovação do dano; nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido; a culpa (tendo o art. 927 do Código Civil introduzido, excepcionalmente, a responsabilidade objetiva, sem culpa, nas situações mais raras aventadas por aquela regra legal). O trabalhador comprovadamente portador de doença grave não pode ter seu contrato rompido, esteja ou não afastado previdenciariamente do serviço (art. 471 da CLT), uma vez que a mantença da atividade laborativa, em certos casos, é parte integrante do próprio tratamento médico. **Revela-se, ademais, discriminatória tal ruptura arbitrária, uma vez que não se pode causar prejuízo máximo a um empregado (dispensa do emprego) em face de sua circunstancial debilidade física causada pela grave doença (hepatite C – cirrose crônica)**. De todo modo, fixadas tais premissas pelo Tribunal *a quo* , instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. **Agravo de instrumento desprovido.** (Destacamos).

Contempla-se, de conseguinte, que, no caso *sub examen*, a atitude do empregador de dispensar o trabalhador, em razão do referido empregado ser portador de doença genética, importa no reconhecimento do total desprezo do empregador pela pessoa de seu contratado, bem como o completo desrespeito ao princípio da dignidade humana.

### *4.4.3. A rescisão do contrato de trabalho e a identidade genética do trabalhador.*

De logo, reafirma-se que, em face do amplo poder de direção que possui em relação à força de trabalho, pode o empregador adotar qualquer meio de fiscalização e controle, desde que respeite à privacidade e dignidade do empregado[[163]](#footnote-164). Assim, cabível a assertiva do Prof. Mario E. Ackerman, ao salientar que o referido poder de direção impõe ao trabalhador uma restrição de liberdade tanto interna como externa (internamente pela submissão direta aos poderes do empregador durante o tempo de trabalho, e, externamente, condicionando a liberdade do trabalhador de seu tempo disponível, para dedicar-se a sua família, a cultura e atividades de laser, sendo certo que o referido condicionamento é uma conseqüência normal do contrato de trabalho em condições normais, porém há uma potencializaçãoem casos de excesso, como trabalho noturno ou turnos rotativos, ou, ainda, nos casos de contratação temporária[[164]](#footnote-165).

Observa-se, portanto, que, desde a fase de pré-contratação até a dispensa do empregado (passando pelo transcurso do próprio contrato de trabalho), em face do controle a que se encontra submetido o empregado, o empregador tem a obrigação de garantir um mínimo de respeito à privacidade do trabalhador.

Assim, nada obstante a previsão do art. 168, da CLT, atinente à realização de testes para admissão, bem como de testes periódicos e de dispensa do empregado, a realização de testes genéticos, na constância da relação de trabalho, visando subsidiar uma possível dispensa do trabalhador, somente pode ser entendida como totalmente proibida, haja vista que desrespeita a dignidade e a intimidade do trabalhador.

Quanto à rescisão do contrato de trabalho, baseada em discriminação genética, trazemos à colação Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª. Região –RJ, onde restou reconhecida a dispensa em face de discriminação genética, cuja ementa transcrevemos abaixo:

PROCESSO nº 0010690-50.2014.5.01.0065 (RO) RECORRENTE: SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC ADMINISTRAÇÃO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO RECORRIDO: CÉLIO JOSÉ DOS SANTOS. RELATOR: MARCELO ANTERO DE CARVALHO.

EMENTA: DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. ÔNUS DA PROVA. O reclamante se desvencilhou do seu ônus probatório, no sentido de que a dispensa foi discriminatória, em razão das sucessivas ausências ao trabalho para receber medicação habitual para o tratamento da doença autoimune, fazendo jus o autor à reintegração requerida. Apelo patronal a que se nega provimento, no aspecto[[165]](#footnote-166).

De efeito, restou reconhecido, no referido caso analisado, que a dispensa do trabalhador baseou-se em discriminação genética, em face do autor ser portador da enfermidade genética, denominada Doença de Fabry, a qual se trata de uma doença autoimune, necessitando o trabalhador/paciente de se submeter a regular tratamento, que ocasionava o seu afastamento, por um dia, a cada mês (objetivando comparecimento ao Hospital, visando receber a dosagem de medicação própria), razão pela qual foi determinada a reintegração do obreiro, com o pagamento de indenização respectiva, objetivando, assim, reafirmar a garantia do respeito à pessoa do trabalhador, que não pode e não deve ser tratado como mera peça de uma engrenagem, que ao simples defeito apresentado deve ser substituída, sem qualquer respeito à sua dignidade.

## 4.5. A identidade genética e as atividades de maior risco: confrontos entre o direito à privacidade do trabalhador e o alegado direito do empregador e de possíveis terceiros.

Em princípio, reitere-se que não é possível realizar testes genéticos, objetivando a contratação ou manutenção de posto de trabalho, haja vista a necessidade de observância aos princípios constitucionais de garantia à privacidade e intimidade, previstos, tanto na Constituição Portuguesa, como na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, cumpre repisar que o só fato de ter predisposição para possivelmente vir a desenvolver, no futuro remoto, uma determinada doença genética, não importa dizer que, efetivamente, ocorrerá o aparecimento da enfermidade, haja vista que fatores ambientais podem, evidentemente, importar no não desenvolvimento da doença.

De efeito, nos casos de doenças genéticas multifatoriais, o surgimento da doença depende tanto de fatores endógenos (como sexo, idade e constituição genética), como também de fatores ambientais ou exógenos (sedentarismo, alcoolismo, fumo etc.), nada obstante a predisposição detectada mediante testes preditivos, razões pelas quais, em havendo redução de tais fatores, poderá ocorrer que jamais venha aparecer a enfermidade. Contudo, no caso de doença monogenéticas, a interferência de fatores externos para o aparecimento da enfermidade é praticamente nula.

Há, porém, algumas atividades profissionais em que se deve analisar os antecedentes do empregado, diante da perspectiva de garantia da segurança do próprio empregado e de terceiros. Contudo, nestes casos especiais, é imprescindível haver autorização, ou seja, o próprio consentimento do empregado, à medida que estará em jogo a preservação da intimidade e confidencialidade de dados genéticos daquele empregado.

De efeito, contempla-se que em algumas atividades de grande impacto para a saúde do trabalhador, diante dos riscos da própria atividade, como no caso de atletas profissionais de futebol, objetivando evitar a denominada “morte súbita”, decorrente de ser o atleta portador de doença genética (da qual não se tenha conhecimento, como por exemplo a cardiomiopatia hipertrófica), entende-se ser possível, por exceção, a realização de teste genético, objetivando a própria garantia de vida do jogador, e os reflexos na relação de trabalho (mantida com o Clube/Empresa), bem como, em relação à Empresa Seguradora, desde que adotadas medidas, objetivando à proteção da intimidade do atleta, no que tange aos dados sensíveis, sob pena de reconhecimento da obrigação de indenização, conforme entendimento daSeção do Tribunal da Relação de Lisboa, *in verbis*:

SEÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA.

Processo: 383/04.3TTGMR.L1-4.

Relator: Paula Sá Fernandes;

Descritores: Acidente de trabalho morte súbita nexo de causalidade

Nº do Documento: RL

Data do Acórdão: 10.11.2010

Votação: Unanimidade

Meio Processual: Apelação

Decisão: Confirmada a decisão

Sumário: I- Configura-se como acidente de trabalho, ao abrigo do art.º6 da Lei n.º100/97, a morte súbita do atleta C..., por se ter apurado que foi precipitada pelo esforço físico (causa exógena) que a sua actividade enquanto futebolista profissional lhe exigiu, esforço que lhe potenciou uma arritmia cardíaca, lesão que lhe causou a morte. II- E, ainda que aquela arritmia possa ter sido consequência de uma cardiomiopatia hipertrófica, considerada uma doença genética apenas detectada ao sinistrado *post mortem*, resultou provado que o esforço físico despendido pelo sinistrado na sua actividade profissional, ao serviço da 2ª ré, B..., foi determinante na lesão que lhe provocou a morte, ou seja, a relação de trabalho foi determinante no resultado verificado - a morte do sinistrado – que merece a protecção do regime jurídico dos acidentes de trabalho. (sumário elaborado pela Relatora)[[166]](#footnote-167).

Cabe salientar, outrossim, que, somente deverá ser efetuado testes genéticos, caso se verifique que esta é a única forma de aferição da condição de risco/perigo (mediante livre e expresso consentimento do trabalhador), haja vista que estaria em contraposição o direito à privacidade do trabalhador em face do direito à segurança da coletividade, sendo certo, porém, que os resultados devem ser entregues diretamente ao trabalhador, cabendo ao médico informar ao Empregador, apenas e tão somente, se o empregado se encontra apto a desempenhar o labor.

Por outra face, é imprescindível trazer ao debate, nesta altura, o caso do co-piloto do vôo de Barcelona para Dusseldorf, - Voo 9525, da empresa Alemã Germanwings, subsidiária da gigante Lufthansa (uma das maiores empresas de avião do mundo), o qual parece retratar muito bem o confronto entre o direito à privacidade do trabalhador e o alegado direito do empregador e de possíveis terceiros. Refere-se, a propósito, ao desastre de uma aeronave Airbus A320-211, em uma rota comercial internacional, operada pela empresa Alemã Germanwings, ocorrido na manhã de 24.03.2015, partindo do [Aeroporto de Barcelona-El Prat](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aeroporto_de_Barcelona-El_Prat#_blank), com destino ao [Aeroporto de Düsseldorf](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aeroporto_de_D%C3%BCsseldorf#_blank). A queda da aeronave Airbus foi nos Alpes franceses, a cerca de cem quilômetros de proximidade de Nice. Naquele desastre todos os seis membros da tripulação e os 144 passageiros morreram com o choque da aeronave na encosta dos Alpes (é que após chegar à altitude de cruzeiro, enquanto o comandante estava fora da cabine de comando do avião, o co-piloto trancou a porta e iniciou uma descida controlada até o choque do avião contra os Alpes). O governo da França, através do órgão responsável pelas investigações (*Bureau d'Enquêtes et d'Analyses pour la Sécurité de l'Aviation Civile* - BEA), assinalou que a queda foi causado intencionalmente pelo co-piloto Andreas Lubitz, que anos antes já havia se submetido a tratamento de saúde mental, por tendências suicidas, contudo não informou ao Empregador acerca de tais tratamentos.

Algumas particularidades deste caso devem ser ressaltadas: primeiro, o co-piloto Andreas Lubitz sofria de distúrbios psicológicos, salientando que o primeiro exame com certificação foi realizado em abril/2008 e já no ano seguinte, exatamente na renovação anual (em julho/2009), foi consignado na Certificação a existência de um episódio depressivo grave que perdurou de agosto de 2008 a julho de 2009. Em dezembro/2014, o referido co-piloto Andreas Lubitz apresentou sintomas de depressão psicótica, havendo sido encaminhado pelo médico a tratamento, com psiquiatra e psicoterapeuta, em fevereiro/2015, passando a fazer uso de antidepressivo, sem que os médicos tenham informado às autoridades aeronáuticas ou o próprio empregador, em decorrência do princípio de confidencialidade médica[[167]](#footnote-168).

Neste caso, é imperioso ressaltar a necessidade de ponderação, para fins de exame da legislação, no que diz respeito à verificação de equilíbrio entre a segurança das pessoas e a garantia da confidencialidade médica, além de um rigoroso acompanhamento das avaliações médicas com os profissionais da aviação.

Portanto, este caso é sumamente importante para examinar se em determinadas e específicas profissões há necessidade do conhecimento de informações médicas. De efeito, verifica-se que é imprescindível a garantia do sigilo das informações dos trabalhadores de uma forma geral. Todavia, em se tratando de pilotos e co-pilotos há necessidade de que seja efetivada uma determinada ponderação.

Ademais, cabe sopesar a necessidade de que as informações, das quais são detentores os médicos (que podem colocar em risco a integridade física do próprio piloto ou co-piloto e terceiros), sejam compartilhadas, em parte, com as autoridades de controle aeroviárias. De efeito, é que, muito embora não caiba questionamento quanto ao direito de privacidade (pois há que se preservar a parte mais íntima de cada indivíduo), verifica-se que, a fim de garantir a própria integridade do profissional e dos terceiros (aí incluídos passageiros e comissários de bordo), se torna imprescindível a prestação de informação que digam respeito a própria segurança dos passageiros e demais tripulantes.

Finalmente, contempla-se que, em face dos avanços da ciência e das novas tecnologias no mundo trabalho, novas profissões surgem diuturnamente (em atividades que colocam em risco não somente a integridade física do próprio trabalhador, mas também de terceiros), havendo necessidade de que sejam avaliadas as condições dos candidatos aos postos de trabalho, ou os próprios empregados, especificamente e por exceção, quanto às informações genéticas, especialmente nestas profissões de acentuado risco, sendo, evidentemente, imprescindível o consentimento do trabalhador, para a realização de testes genéticos, bem como o resguardo do total sigilo dos resultados, com o fito de assegurar a preservação da privacidade e intimidade.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se, atualmente, um momento de completa mudança no uso de tecnologias que, a cada dia, se multiplicam e implicam em fortes transformações no campo da medicina, especialmente da medicina genética e biomedicina, notadamente porque a sequência do genoma humano se tornou amplamente conhecida, salientando-se que o uso destes conhecimentos e novos procedimentos devem ser canalizados para ajudar a reduzir o sofrimento humano, ou seja, os avanços da ciência devem buscar o equilíbrio no que concerne ao progresso, referente ao uso da genética no campo social. Dito com outras palavras, os avanços da medicina, no campo da genética, deverá ter sempre em mira a realização plena do ser humano.

Nesta visão, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro garante o resguardo dos direitos fundamentais. Com efeito, observa-se que a Constituição Federal de 1988 elencou no art. 1º, como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), assegurando igual relevo ao trabalho e à livre iniciativa, ao colocá-los como fundamentos da República, conforme disposto no art. 1º, IV, garantindo, outrossim, a proibição de discriminação, estabelecendo o princípio da igualdade de todos, perante a Lei, sem qualquer distinção, ressaltando-se a igualdade entre homens e mulheres (Art. 5º, *caput* e inciso I), além de afirmar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo (art. 5º, X).

Da mesma forma, a Constituição da República Portuguesa preceitua que os direitos fundamentais devem ser interpretados e harmonizados com as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo disposto no artigo 16.º, n. 2, da referida Constituição, estabelecendo, ademais, a inviolabilidade da integridade física e moral (Art. 25.º, 1.), a proteção da intimidade da vida privada e familiar contra qualquer forma de discriminação (Art. 26.º, 1.), salientando, ainda, a garantia a identidade pessoal e a identidade genética do ser humano, especialmente quanto à criação, bem assim quanto ao desenvolvimento e utilização de novas tecnologias e experimentação científica, as quais possam importar em abusos e descriminação, ressaltando, assim, a centralidade do bem-estar do ser humano como preocupação primeira de Portugal e Brasil, Estados que se afirmam democráticos de direito.

Evidenciou-se, no Capítulo II, que a genética é um dos ramos da medicina que mais apresenta evolução e contributo para a humanidade, razão pela qual não se pode jamais pensar em ser contra o avanço do progresso científico, pois o referido progresso é que move e constrói, alicerçando a evolução e o bem estar do ser humano.

Observou-se que as pesquisas científicas e os resultados delas devem ser objeto de cuidadoso tratamento por parte das empresas, do poder público, e da própria sociedade, conforme disposições da Lei 58/2019, de 08 de agosto, especialmente em face da possibilidade de cura de inúmeras doenças, bem como da possibilidade de predição de doenças, haja vista que a medicina preditiva consiste na capacidade de serem efetuadas predições, objetivando verificar a possibilidade de que uma pessoa venha a desenvolver uma enfermidade em nível fenótipo, mediante testes genéticos, permitindo, assim, uma ponderação sobre a enfermidade, evitando ou reduzindo o agravamento da enfermidade, através de adequados métodos de tratamento.

Estudou-se que o rastreamento ou *screening* consiste em testes e exames complexos, visando verificar a propensão para existência de doença ainda não diagnosticada e que são assintomática, ou, ainda, o monitoramento biológico do trabalho e exames de comportamentos extra-profissional (tabagismo, obesidade, ausência de atividade física), representando uma verdadeira triagem.

Demonstrou-se que as informações sobre o genoma humano devem ser analisadas com as cautelas necessárias, com a finalidade de evitar que os interesses, de caráter estritamente econômico, coloquem em riscos à intimidade de cada pessoa (informações genéticas dos cidadãos). Para tanto, é imprescindível que se tenha em destaque as questões de ordem moral, ética e legal, que superpassam a matéria, especialmente no que tange à privacidade dos dados genéticos do cidadão (trabalhador ou prestador de serviço).

De outra parte, observou-se que a autonomia da vontade fica em parte comprometida, no cenário atual, haja vista que o poder dos conglomerados empresariais nos dias de hoje é tão grande que, na maioria das vezes, o candidato ao posto de trabalho, ou o trabalhador já contratado, não tem qualquer condição de se opor à realização de exames genéticos solicitados pela empresa empregadora, pois se trata, em verdade, de uma relação de enorme dominação, onde o trabalhador ou o prestador de serviço não possui qualquer autonomia na manifestação de sua vontade, chegando mesmo a ser quase um contrato de adesão.

Verificou-se, por outro lado, que a alteração genética, que tenha por objetivo uma diferenciação, quanto a determinadas características de um indivíduo, mediante técnicas de engenharia genética (mecanismos de manipulação genética), criando características singulares, ao ponto de produzir repercussões durante toda a vida daquele indivíduo, deve ser considerada contrária ao primado maior da dignidade do ser humano, pois viola frontalmente às disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem, especificamente o contido no artigo 12: “Ninguém deverá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques todas as pessoas têm o direito à proteção da lei.” (grifo nosso).

Observou-se que, na realização de testes genéticos, é de suma importância a adoção de cautelas, nada obstante os benefícios do correto tratamento antecipado de uma doença genética (visando o não desenvolvimento da enfermidade, ou mesmo, a amenização de seus efeitos), tendo em vista a possibilidade de comprometimento da intimidade e privacidade do indivíduo, especialmente no que diz respeito à admissão de trabalhador ou a própria manutenção do contrato de trabalho.

No Capítulo III, ressaltou-se que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, baseada nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, apresentou algumas inovações, notadamente quanto à inclusão da deficiência, da idade e da orientação sexual, como forma proibida de discriminação, bem assim registrou, dentre os direitos fundamentais, o acesso aos documentos e a proteção de dados.

Verificou-se, outrossim, que Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia (Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina da União Europeia) tem por objetivo a proteção do ser humano na sua dignidade e identidade, cabendo destacar que o art. 12º proíbe, em regra, a realização de testes genéticos como requisitos para a contratação de trabalhadores.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (Convenção sobre o Genoma Humano) reconhece a necessidade de criação, por parte dos Estados, de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas, para fins de avaliação das implicações éticas, legais e sociais, levantadas pelas pesquisas com o genoma humano e as aplicações da mesma, com objetivo de garantias dos direitos fundamentais.

Contemplou-se ser imprescindível o respeito aos princípios fundamentais e as disposições dos Tratados e Convenções internacionais, aos quais os Estados aderiram. É que, em face da adesão às Convenções ou Tratados, os países signatários se obrigam ao cumprimento de tais normas, pois as referidas normas ingressam no Ordenamento Jurídico nacional, necessitando, porém, que seja efetuada a devida adequação, ou seja, torna-se indispensável que se respeitem alguns limites, haja vista a necessidade de haver uma compatibilização entre a liberdade de negociação e os princípios da igualdade e da não discriminação.

Constatou-se que a legislação portuguesa sobre herança genética e a contratação de trabalhadores é bem mais avançada que à brasileira, pois a Lei 12/2005, ao regulamentar a matéria, estabeleceu, de maneira cabal e taxativa, a impossibilidade de discriminação, declarando que nenhuma pessoa pode ser discriminada, em razão de ser portador de doença genética ou em decorrência do seu patrimônio genético, especificamente quando da postulação de vaga de trabalho ou no que concerne à manutenção de emprego, assegurando o aconselhamento genético, bem como a realização de testes genéticos a todas as pessoas, mediante critério equitativo de acesso, e, ainda, garantindo-se as necessidades das populações mais fortemente sujeitas às doenças genéticas.

De efeito, verificou-se que não há norma específica regulamentando a matéria no Brasil, pois o que há é tão somente a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei 4.610, de 1998, o qual define os crimes relativos à discriminação genética, bem assim, afirma que somente são permitidos os testes preditivos com objetivos médicos ou para pesquisas médicas, estabelecendo o art. 1º, do referido Projeto de Lei, de forma lacônica, que deve ser compreendida a discriminação genética como sendo a discriminação de pessoas em razão de seu patrimônio genético.

Assim, não há na legislação infraconstitucional brasileira, ainda, uma forte regulação da matéria, decorrendo, assim, a necessidade de serem observados os próprios princípios Constitucionais da privacidade e intimidade, bem como o contido na DDUH e nos tratados e convenções internacionais, especialmente da UE e OIT, diferentemente da regulação infraconstitucional portuguesa, onde a Lei 12/2005 dispôs sobre a impossibilidade de discriminação, em decorrência de informações genéticas, conforme acima destacado.

Discorreu-se sobre a identidade genética e repercussão na contratação de trabalhadores, desde a fase de pré-contratação, demonstrando-se a impossibilidade de utilização de informações genéticas, para fins de celebração de contrato de trabalho, pois seria uma afronta ao princípio da igualdade, porquanto tal princípio deve ser destacado como um limite, quando das tratativas para contratação de trabalhadores, para fins de proibir condutas discriminatórias, em face da existência de norma constitucional expressa, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil (artigos 3º, IV, e 5º), como na Constituição da República Portuguesa (artigos 13.º e 26.º, 1), além que importaria em desrespeito a dignidade do trabalhador.

Verificou-se, ademais, que - na constância da relação de trabalho - o empregador tem a obrigação de garantir um mínimo de respeito à privacidade do trabalhador, não podendo submetê-lo à realização de testes genéticos, restando esclarecido que tal conduta soa como completamente proibida, haja vista que desrespeita a dignidade e a intimidade do trabalhador.

Abordou-se a temática da rescisão do contrato de trabalho e a identidade genética do trabalhador, destacando que a realização de testes genéticos, objetivando subsidiar uma possível dispensa do trabalhador, somente pode ser entendida como totalmente proibida, haja vista que desrespeita o princípio maior da dignidade humano, pois atinge a própria privacidade e a intimidade do trabalhador.

De outra parte, restou demonstrado que, em determinadas e específicas profissões, é indispensável examinar, por estrita exceção, a necessidade do conhecimento de informações médicas, diante da relevância da matéria em debate, ou seja, da própria integridade física dos envolvidos, como no caso de piloto e co-piloto de aeronave, a fim de que seja efetivada uma determinada ponderação (garantindo-se, todavia, o sigilo das informações dos trabalhadores de uma forma geral), pois, nestes casos especiais, se encontram em evidente confronto o direito à privacidade do trabalhador e o alegado direito de proteção do empregador e de possíveis terceiros.

Finalmente, cumpre esclarecer que a matéria aqui tratada, em face dos constantes avanços no campo da medicina genética, se encontra em pleno desenvolvimento, ou seja, em completa ebulição e transformação, razão pela qual não podemos considerar como definitivas as observações acima apontadas, cabendo destacar que o próprio evoluir das pesquisas e estudos nesta área do conhecimento importará em mudanças na legislação, objetivando garantir o respeito ao princípio maior da preservação da dignidade da pessoa humana.

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Fontes Documentais**

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06652-6.

BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a CLT de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14.7.2017

BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada e Temática - **Traço falciforme: consenso brasileiro sobre atividades esportivas e militares.** Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL. STF – Recurso Extraordinário: 161,243m /DF. Relator: Carlos Velloso. Data de Julgamento: 29.10.1996, Segunda Turma, Data de Publicação: **Diário de Justiça**, 19.12.1997, pp.00057. Ement. Vol. 01896-04, pp.000756.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. [AIRR - 165140-46.2006.5.01.0027](https://jurisprudencia.tst.jus.br/#_blank). Orgão Judicante: 6ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 06/10/2010. Pub: **Diário de Justiça,** 22/10/2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. -E-ED-RR-76089/2003-900-02-00, SBDI-1, Rel. Min. Rosa Weber, **Diário de Justiça**, 30/11/2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: RR 1300341120155130015, Data de Julgamento: 15.05.2019. Data de Publicação: **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 24.05.2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista: RR 14269820125090665. Relator: Deláide Miranda Arantes. Data de Julgamento: 24.04.2019. 2ª Turma, Data de Publicação: **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, 26.04.2019.

PORTUGAL. **Código Civil de Portugal**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6326-

PORTUGAL. **Código de Processo do Trabalho**. - 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6895-4

PORTUGAL. **Código do Trabalho Português**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6203-7.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 19ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-722-6.

**Documentos Eletrônicos (Internet)**

“All about genes”. [Em linha]. [Consult. 01 ago. 2019]. Disponível em: http:www.beowulf.org.uk.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti – Discriminação por sobrequalificação. 2008. 237f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30092009-095057/publico/DISCRIMINACAO_POR_SOBREQUALIFICACAO_Jorge_Cavalcanti_Boucinhas_Filho.pdf>.

BRASIL. Acórdão no RE 161.243/DF, 1996. [Em linha]. [Consult. 31 jul 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 17**, 02 de julho de 2019. Assunto Jurídico: Direito Civil e processual civil. Natureza: norma geral. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>

\_\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n.º 5.453**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

\_\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. **Processo nº 0010690-50.2014.5.01.0065**, 1ª Região-RJ. Relator: Marcelo Antero de Carvalho. [Em linha]. [Consult. 01 nov 2019]. Disponível em: [https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/1699405/1/ 00106905020145010065-DEJT-08-04-2019.pdf](https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/1699405/1/%2000106905020145010065-DEJT-08-04-2019.pdf).

CARTA FUNDAMENTAL. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Preâmbulo. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. 2000. [Em linha]. [Consult. 21 mar. 2019]. Disponível em: [www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTA FUNDAMENTAL.pdf](http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTA%20%20FUNDAMENTAL.pdf).

CNPD – **Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade**. [Em linha]. [Consult. 31 jul 2019]. Disponível em<https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf>.

CONSEIL DE L’EUROPE. **Case of Rotary v. Romania**. Strasbourg, 2000. [Em linha]. [Consult. 25 out 2019]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng> #{%22itemid% 22:[%22001-58586%22]}.

DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL. **Preâmbulo**. [Em linha]. [Consult. 02 ago 2019]. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf>.

DUDH. **Preâmbulo**. [Em linha]. [Consult. 02 ago 2019]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

GINA – **Lei Americana de Proteção Genética**. [Em linha]. [Consult. 17 jul. 2019]. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf.

MATTEWMAN, William D. – **Genetic testing: can your genes screen you out of a job** - [Em linha]. [Consult. 01 ago 2019]. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/howlj27&div=53&id=&page>.

MELO, João Ozorio de. **Lei dos EUA impede exame de DNA para evitar discriminação genética**. 2015. [Em linha]. [Consult. 02 maio 2019]. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/lei-eua-impede-exame-dna-evitar-discrimina cao-genetica](https://www.conjur.com.br/2015-jun-02/lei-eua-impede-exame-dna-evitar-discrimina%20cao-genetica).

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. **Processo n.º 420/06.7TTLSB.L1.S1.** 4ª Secção. Relator: Mário Belo. Data do Acordão: 01/10/2014. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7c8299fa0353342780257d640051edee?OpenDocument>.

\_\_\_\_\_\_. Acórdão do TC 101/2009. [Em Linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

\_\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12**, de 26 de janeiro de 2005. Informação genética pessoal e informação de saúde. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <https://www.portoeditora.pt/conteudos/emanuais_pe_2015_amostra/85319/9789720853196-TE-1/assets/resources/documents/vter9_ta_lei.pdf>.

\_\_\_\_\_\_. **Lei n.º 32**, de 26 de julho de 2006. Procriação medicamente assistida. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/ legislacao-consolidada/-/lc/75185175/201704051407/exportPdf/normal/1/ cacheLevel Page?\_LegislacaoConsolidada\_WAR\_drefrontofficeportlet\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/%20legislacao-consolidada/-/lc/75185175/201704051407/exportPdf/normal/1/%20cacheLevel%20Page?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice).

\_\_\_\_\_\_. **Lei n.º 67**, de 26 de outubro de 1998. Lei da Protecção de Dados Pessoais. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>.

\_\_\_\_\_\_. Ministério Público. **Protocolos adicionais à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano**. 2001. [Em linha]. [Consult. 02 set. 2019]. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/ files/documentos/pdf/compilacao\_inst\_int\_dh\_volume\_2.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/%20files/documentos/pdf/compilacao_inst_int_dh_volume_2.pdf).

U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. **BNV Home Care Agency to Pay $125,000 to Settle EEOC Genetic Discrimination Lawsuit**. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: [https://www.eeoc.gov/eeoc/ newsroom/release/11-1-16a.cfm](https://www.eeoc.gov/eeoc/%20newsroom/release/11-1-16a.cfm).

**Revistas**

AMADO, João Leal - Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro. **Questões Laborais,** v.12, n.º 25, p.111-120, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira - A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v.103, n.1, p.277-299, jan./dez. 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira – A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.32, p.88-92, jul./set. 2000.

FACHIN, Luiz Edson – Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001.

GARRAFA, Volnei – O diagnóstico antecipado de doenças genéticas e a ética. in **Revista O Mundo da Saúde**, São Paulo, v.24, n.5, p.424-428, set./out. 2000.

GATTÁS, Gilka Jorge Fígaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH FILHO, Victor – Genética, biologia molecular e ética: as relações de trabalho. **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, v.7, n.1, p.159-167, 2002.

GUEDES, Cristiano; e DINIZ, Débora – Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.17, n.3, p.501-520, 2007.

LORENTZ, Lutiana Nacur - A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, São Paulo, v.5, n.1, p.1-250, 2001.

MAIA, Eleidi Alice Chautard Freire - Mapeamento do genoma humano e algumas implicações éticas.**Educar em Revista**, Curitiba, v.11, n.1, p.15-26, jan./dez.1995.

MALUSCHKE, Günther - A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **NOMOS** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC-Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.27, p. 95-117, 2007.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de – A sétima dimensão dos direitos fundamentais. **Data Venia Revista Jurídica**, João Pessoa, v.3, n.2, p.289,315, 2017. ISBN21’82-6242.

SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista Brasileira de Direito Público**-RBDP, Salvador, v.7, n.26, p.118-120, abr./maio/jun. 2011.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. Los Derechosfundamentales del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicaciõn de su ejercicio, **Revista Relaciones Laborales**, v.19 n. 20, p.69-73, Oct. 2003.

**Livros**

ABRANTES, João José – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 972-32-1330-3.

ACKERMAN, Mario E. - **SI SON HUMANOS NO SON RECURSOS: pensando em las personas que trabajan**, 2a. Ed., revisada. Santa Fé:Rubinzal-Culzoni, 2016. ISBN 978-987-30-0682-1.

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, ISBN 978-86-7420-872-5.

AMADO, João Leal – Contrato de trabalho. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2215-9.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao património genético**. Coimbra: Almedina, 1998. ISBN: 9724011135

\_\_\_\_\_\_ - **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 9789724032504

BARROS, Alice Monteiro de - **Curso de direito do trabalho**, 3a. ed. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-85-361-0949-7.

BARROSO, Luis Roberto – **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In; BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.1-48. ISBN 8571474095 9788571474093

\_\_\_\_\_\_ – Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin e BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). **Direito constitucional**: teoria geral da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. ISBN 9788520340226

BHOPAL, Raj – Is Research into Ethnicity and Health Racist, Unsound, or Important Science? In: MARTINS, João Nuno Zenha. **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo**. Oeiras: Celta. 2002. ISBN 972-774-144-4

BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN 85-7001-710-3.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN 978-85-392-0361-1.

\_\_\_\_\_\_ – **Direito constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BONITA, R.; BEAGLEHOLE, R.; KJELLSTROM, T. – **Epidemiologia básica**. Tradução de Juraci A. Cesar, 2ª ed. São Paulo: Santos, 2010, ISBN 978-85-7288-839-4.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62274-6.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de - Genoma Humano y Derechos Fundamentales. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BERGEL, Salvador Darío; MINYERSKY, Nelly (Eds.). **Genoma humano**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. ISBN 950-727-584-3.

CIFUENTES, Santos - El genoma humano y derecho Civil, preferentemente en el área de la persona: bases introductorias. In: BERGEL, Salvador Dario; MINYERSHY, Nelly (Orgs.). **Genoma humano**. Buenos Ayres: Rubinzal-Culzoni, 2004.  ISBN: 978-950-727-584-5.

DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de direito do trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-85-361-0929-9.

DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da igualdade no direito do trabalho**. Coimbra: Almedina. 1999. ISBN: 9724011720

ESPIELL, Héctor Gros – La declaración de La Unesco sobre Genoma Humano y Derechos Humanos. In: BERGEL, Salvador D.; MINYERSHY, Nelly (Orgs.). **Genoma humano**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. ISBN 950-727-584-3.

ESPINO, Maria Lidia Suárez - **El Derecho a la intimidad genética**. Madrid: Marcial Pons. 2008. ISBN 978-84-9768-503-0.

FERNANDES, Antonio Monteiro – **Direito do trabalho**. 18ª ed. Coimbra: Almedina. 2017. ISBN 978-972-40-6999-9.

FREITAS, Corina Bontempo Duca de; HOSSNE, William Saad . Pesquisa em seres humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Org.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 193-204. ISBN 85-87077-02-3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Manual de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN978-85-472-2970-2.

GALLARDO, Mercedes Vidal – Derecho a la intimidad genética em las actividades sanitaria y contratual. In: SORIA, Salvador Tarodo; PRIETO, Paulino César Pardo (Coords). **Biotecnología y bioderecho**. León: EOLAS Ediciones. 2011. ISBN 978-84-938666-2-4.

GONI SEIN, Jose Luis - **El respecto a la esfera privada del trabajador**. Madrid: Civitas, 1998. ISBN 978-84-73-985-543.

GUANTER, Salvador Del Rey – CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. In **CONSTITUCIONY DERECHO DEL TRABAJO:1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)**. Madrid: Marcial Pons, 1992. ISBN 84-7248-146-8.

GUERRA, Amadeu - **A privacidade no local de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2224-2.

HENDERSON, Mark – **50 ideias genéticas que precisa mesmo de saber.** Lisboa: Dom Quixote. 2011. ISBN 9789722048606.

HUSEK, Carlos Roberto -  **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho.** São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1362-3.

HUSEK, Carlos Roberto – **Curso de direito internacional público**, 14ª ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9084-6.

LOBO, Rui Felipe Marmont - **Nanotecnologia e Nanofísica: conceito de Nanociência moderna**. Lisboa: Escolar, 2009. ISBN 978-972-592-267-5.

LÓPEZ, Manoel Carlos Palomeque - Derechosfundamentales generales y relación laboral; los derechos constitucionales laborales inespecíficos. In: JIMÉNEZ, Rodrigo Martin; NAVARRO, Antônio Vicente Sempere. **El modelo social em la Constituición Espanõla de 1978.** Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2003. p.229-248.ISBN: 84-8417-142-6.

LÓPEZ, Manoel Carlos Palomeque; LA ROSA, Manuel Alvarez de - **Derecho del trabajo.** 14ª ed. Madrid: Universitaria, Rámon Areces. 2006. ISBN84-8004-778-X.

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos constitucionales laborales inespecíficos. In: NAVARRO, Antônio V. Sempere (Dir.). **El modelo social em la constituición española de 1978**. Madrid: Ministério de Trabajo y Assuntos Sociales, 2003.

MARTÍNES, Stella Maris – La Culminación Del Proyecto Genoma Humano: Análisis desde una perspectiva jurídico-penal. In: BERGEL, Salvador Dario; MINYERSKY, Nelly (Orgs.). **Genoma humano.** Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. ISBN 950-727-584-3.

MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2006

MARTINS, João Nuno Zenha - **O genoma humano e a contratação laboral**: progresso ou fatalismo. Oeiras: Celta. 2002. ISBN 972-774-144-4.

MAZARÍO, José Maria Contreras – DERECHO A LA INTIMIDAD, PRUEBAS BIOMÉDICAS Y RELACIONES LABORALES, ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, in **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, ano 5, n. 9, julho-dezembro de 2000.

MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais.** 2ª ed.  Coimbra: Almedina, 2017. ISNB 978-972-4072-173.

\_\_\_\_\_\_ – **Teoria do estado e da constituição**. 5ª ed.  Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-885-3097-9881.

NENKIES, Luis - La “ética del mercado” y la supresión del sujeto. In: SOROKIN, Patricia (Coors.). **Bioética**: entre utopías y desarraigos, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. ISBN 950-894-342-4.

NEVES, Miguel Santos -Soft law**.**In: ROSÁRIO, Pedro Trovão (Coord.). **Introdução ao Direito**. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6474-1.

OLEA, Manuel Alonso; BOAAMONDE, María Emilia Casas - **Derecho del trabajo**, 26ª ed. Madrid: Civitas, 2009. ISBN 9788447033102.

PENA, Sérgio Danilo J.; AZEVEDO, Eliane S. - O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM; 1998. p. 139-156. ISBN 85-87077-02-3.

PFEIFFER, Maria Luisa - El proyecto HuGO y El proyecto ELSI. In: BERGEL, Salvador D.; MINYERSHY, Nelly (Orgs.). **Genoma humano**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.304-314. ISBN 950-727-584-3.

PINHEIRO, Alexandre Sousa - ***Privacy* e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: AAFDL, 2015. ISBN: 5606939008169.

PINTO, José Augusto Rodrigues – **Tratado de direito material do trabalho**, São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2007. ISBN 9788536109756.

PIOVESAN, Flávia – **Temas de direitos humanos**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 978-85-472-3207-8.

PROENÇA, Carlos Carranho - **Tutela jurisdicional efetiva no direito da União Europeia**. Lisboa: Petrony, 2017. ISBN978-972-685-240-7.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**: Parte II - situação laborais individuais. 3ª ed. rev. e actual. 2 v. Coimbra: Coimbra: 2010. ISBN 978-972-40-4227-5.

ROMEO CASABONA, Carlos María – **Genética y derecho.** Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003. ISBN 950-508-615-6.

SANLLEHI, José Ramon Agustina – **Privacidad del trabajador *versus* Deberes de prevención del delito em La empresa**. Madrid: Edisofer S.L., 2009. ISBN 97884-96261-74-7.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ISBN 85-7348-456-X.

SERRA DE CARVALHO, João César Sousa; SERRA DE CARVALHO, Virgílio Saúl Sousa; e SERRA DE CARVALHO, Hamilton Sarto – **Direito genómico e dignidade humana: estudos avançados sobre direito à vida, à identidade pessoal e genética do ser humano.**Lisboa: Chiado, 2016. ISBN 978-989-51-8195-7,

SILVA, Fernando - Nanotechnology and the protection of human dignity- A criminal-legal approach,in “**ETHICAL DIMENSIONS IN BIO-NANOTECHNOLOGY – PRESENTE AND FUTURE IM TELEMEDECINE” – BOOK EDITED BY Nuno Sotero Sousa e Gonçalo Costa, published by IGI, 2012.**

SILVEIRA, Luis Novais Lingnau da - O direito à proteção de dados pessoais: tentativa de caracterização. In: SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: **O percurso Português. Dez anos da Sociedade da Informação**: análise e perspectivas. Lisboa: Sílabo, 2007. p.201-213.

TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio – **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**, Madrid: Civitas. 1986. ISBN – 84-7398-437-2.

VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2754-5.

1. LÓPES, Manoel Carlos Palomeque; LA ROSA, Manuel Alvarez de - **Derecho del trabajo**, 2006. p. 40. [↑](#footnote-ref-2)
2. Declaração Sociolaboral do Mercosul. **Preâmbulo**. [Em linha]. [Consult. 02 ago 2019]. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_sociolaboral_mercosul.pdf>. [↑](#footnote-ref-3)
3. ABRANTES, João José – **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**, 2005. p.17. [↑](#footnote-ref-4)
4. AMADO, João Leal – **Contrato de trabalho**, 2013, p.220. [↑](#footnote-ref-5)
5. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao Património Genético**, 1998, p. 237. [↑](#footnote-ref-6)
6. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit.*, 1998, p. 240/241. [↑](#footnote-ref-7)
7. BARACHO, José Alfredo de Oliveira – A identidade genética do ser HUMANO. Bioconstituição: Bioética e Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, 2000, p. 88/92. [↑](#footnote-ref-8)
8. LÓPES, Manoel Carlos Palomeque y LA ROSA, Manuel Alvarez de – *op. cit.,* 2006, p. 282. [↑](#footnote-ref-9)
9. LÓPES, Manoel Carlos Palomeque - **Derechos fundamentales generales y relación laboral**: los derechos constitucionales laborales inespecíficos. 2003, 162. [↑](#footnote-ref-10)
10. RAMALHO, Maria do Rosário Palma – **Direito do trabalho**: Parte II - Situação laborais individuais. 2010, p. 92/95. [↑](#footnote-ref-11)
11. BARROS, Alice Monteiro de - **Curso de direito do trabalho**, 2007, p. 229. [↑](#footnote-ref-12)
12. OLEA, Manuel Alonso; BOAAMONDE, María Emilia Casas - **Derecho del trabajo**, 2009, p. 15. [↑](#footnote-ref-13)
13. FERNANDES, Antônio Monteiro – **Direito do trabalho**, 2017, p. 19. [↑](#footnote-ref-14)
14. DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de direito do trabalho,** 2007, p. 491/492. [↑](#footnote-ref-15)
15. PINTO, José Augusto Rodrigues – **Tratado de direito material do trabalho**, 2007, p. 553. [↑](#footnote-ref-16)
16. MARTINEZ, Pedro Romano – Direito do Trabalho, 2006, p. 285. Ressalte-se que o autor aborda a dificuldade de caracterização do contrato de prestação de serviço e sua diferenciação do contrato de trabalho, salientando que seria possível entender o contrato de trabalho como uma espécie de contrato de prestação de serviço (teríamos, assim, um gênero (em sentido amplo) que seria o Contrato de Prestação de Serviço, e, como espécies, teríamos os contratos de prestação de serviço atípica, de mandato, de depósito, de empreitada e ao lado destes o contrato de trabalho, bem como o contrato de prestação de serviço típica, autônoma. (p. 287/288). [↑](#footnote-ref-17)
17. AMADO, João Leal – *op. cit*., 2013, p.77. [↑](#footnote-ref-18)
18. CÓDIGO Civil de Portugal – “Art. 1.154 - Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar a outro certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. [↑](#footnote-ref-19)
19. AMADO, João Leal – *op. cit*., 2013, p.78. Cabe ressaltar a menção de que este é um dos grandes desafios colocados na atualidade, principalmente também em face das mudanças que vivenciamos em todas as áreas de trabalho, com a implantação massiva das novas tecnologias. [↑](#footnote-ref-20)
20. DELGADO, Maurício Godinho – *op.cit.* 2007. [↑](#footnote-ref-21)
21. Caso “Jack Lowe and Dennis Reynolds *versus* Atlas Logistics Group Retail Services”: na cidade de Atlanta, Estado da Geórgia (USA), dois trabalhadores moveram ação contra a empregadora, sob a alegativa de que tiveram seus dados genéticos utilizados pelo ex-empregador, sustentando a impossibilidade de descriminação, citando a Lei americana de descriminação genética (GINA). Em decisão de 2015, a Corte Federal da Geórgia, através da Juíza federal Amy Totenberg julgou procedente a Ação dos trabalhadores e marcou Jurí para fixação da indenização (MELO, 2015). [↑](#footnote-ref-22)
22. BHOPAL, Raj – Is Research into Ethnicity and Health Racist, Unsound, or Important Science?”, British Medical Journal, 314/7096, 1997, 1751-1756. In: MARTINS, João Nuno Zenha. **O genoma humano e a contratação laboral: progresso ou fatalismo**. 2002, p.20. [↑](#footnote-ref-23)
23. BOBBIO, Norberto – A era dos direitos. 1992, p.85/88. [↑](#footnote-ref-24)
24. CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito constitucional**. 1993, p.500. [↑](#footnote-ref-25)
25. BONAVIDES, Paulo – **Direito constitucional**, 1986, p. 3/4. [↑](#footnote-ref-26)
26. *Idem. Ibidem*, 1986, p. 3. [↑](#footnote-ref-27)
27. TORRES, Jesús García; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio – **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**, 1986, p. 11. [↑](#footnote-ref-28)
28. *Idem. ibidem*, 1986, p. 11. [↑](#footnote-ref-29)
29. MIRANDA, Jorge – **Teoria do estado e da constituição**. 2018, p.226. [↑](#footnote-ref-30)
30. BARROSO, Luis Roberto – Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In; BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2003, p. 12/13. [↑](#footnote-ref-31)
31. MIRANDA, Jorge – **Direitos fundamentais**, 2017, p. 29. [↑](#footnote-ref-32)
32. BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**, 2017, p.47. [↑](#footnote-ref-33)
33. BARROSO, Luís Roberto – Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin e BARROSO, Luis Roberto (Orgs.). **Direito constitucional**: **teoria geral da constituição**, 2011, p. 148/149. [↑](#footnote-ref-34)
34. *Idem. Ibidem*, 2011, p. 150. [↑](#footnote-ref-35)
35. MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, 2017, p. 38. [↑](#footnote-ref-36)
36. *Idem. Ibidem*, 2017, p. 38. [↑](#footnote-ref-37)
37. FERNANDES, Antonio Monteiro – *op. cit*., 2017, p. 237. [↑](#footnote-ref-38)
38. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit*., 1993, p. 517. [↑](#footnote-ref-39)
39. *Id. Ibidem*, 1993, p. 517/518. [↑](#footnote-ref-40)
40. BONAVIDES, Paulo – *op. cit.,* 2017, p. 576/585. [↑](#footnote-ref-41)
41. BONAVIDES, Paulo – *op. cit.,* 2017, p. 586/600. [↑](#footnote-ref-42)
42. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *op. cit*., 1993, p. 386/387. [↑](#footnote-ref-43)
43. SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2007, p. 54. [↑](#footnote-ref-44)
44. *Id. Ibidem*, 2007, p. 55. [↑](#footnote-ref-45)
45. PIOVESAN, Flávia – **Temas de direitos humanos**, 2018, p.181. [↑](#footnote-ref-46)
46. OLIVEIRA, Leonardo Alves de – A sétima dimensão dos direitos fundamentais. **Data Venia Revista Jurídica**, 2017, p.289; [↑](#footnote-ref-47)
47. LÓPEZ, Manoel Carlos Palomeque - Derechosfundamentales generales y relación laboral; los derechos constitucionales laborales inespecíficos. In: JIMÉNEZ, Rodrigo Martin; NAVARRO, Antônio Vicente Sempere. **El modelo social em la Constituición Espanõla de 1978**,2003. p.229. [↑](#footnote-ref-48)
48. VALDÉS DAL-RE, Fernando. Los Derechosfundamentales del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicaciõn de su ejercicio, **Revista Relaciones Laborales**, 2003, p.70. [↑](#footnote-ref-49)
49. *Id. Ibidem*, 2003, p.70. [↑](#footnote-ref-50)
50. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **Curso de direito constitucional**, 2015, p. 135. [↑](#footnote-ref-51)
51. STF – Recurso Extraordinário: 161.243/DF, 1996. [↑](#footnote-ref-52)
52. BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. [↑](#footnote-ref-53)
53. *Id. Ibidem*, 1988. [↑](#footnote-ref-54)
54. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.453**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho, 1943. [↑](#footnote-ref-55)
55. BRASIL. **Lei n.º 13.467**, 2017. [↑](#footnote-ref-56)
56. Todavia, a aludida “reforma trabalhista” teve o condão de, verdadeiramente, alterar a legislação infraconstitucional, retirando direitos da classe obreira, criando mecanismos de precarização das relações trabalhistas, mediante contrato de trabalho intermitente (com pagamento por hora trabalhada, sem garantia de um valor mínimo-Art. 452-A), contrato de trabalho do autônomo exclusivo (Art.442-B), dentre inúmeros outros. [↑](#footnote-ref-57)
57. PORTUGAL. **Lei n.º 7/2009**, de 12 de fevereiro. [↑](#footnote-ref-58)
58. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Manual de Direito Civil**, 2018, p. 95. [↑](#footnote-ref-59)
59. SANLLEHI, José Ramon Agustina – **Privacidad Del trabajador *versus* Deberes de prevención del delito em La empresa**, 2009, p. 6-7. [↑](#footnote-ref-60)
60. SILVEIRA, Luis Novais Lingnau da - **O direito à proteção de dados pessoais**: tentativa de caracterização 2007, p.201. [↑](#footnote-ref-61)
61. SILVEIRA, Luis Novais Lingnau da – *op. cit.*, 2007, p.203. Aduz que “este alargamento do âmbito da protecção de dados ocorreu para ajustar o sistema jurídico português ao regime da Directiva 95/94/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1996. Pode assim dizer-se que, hoje, a Constituição Portuguesa define o direito à protecção de dados relativamente a qualquer suporte, informático ou não. Curiosamente - decerto por desatenção do legislador - a epígrafe do artigo 35.º da Constituição manteve-se idêntica à do texto inicial de 1976.” [↑](#footnote-ref-62)
62. ASCENSÃO, José de Oliveira - **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**, 2008 p. 87. Assinala o Professor que “O homem está desarmado e anonimizado perante os outros e perante o Estado. Está sozinho no meio da multidão. Com a informática a sua vulnerabilidade passou a ser extrema, porque pelo cruzamento de dados passou a ser possível reconstruir com prática certeza a vida de cada um. Nomeadamente, passou a ser possível que o Estado, ou máfias poderosas ou os seus cúmplices instalados no poder, descubram sempre algo com que possam destruir quem lhes não convém, com verdade ou com a aparência. Isto torna assim obrigatórias as cautelas indispensáveis para evitar que da revelação ou do mero conhecimento de dados individuais resulte o afrontamento das pessoas a que respeitam. Mas isso não significa que a privacidade se torne o Direito dos Egoísmos Individuais: ou o Direito que põe a salvo os poderosos da investigação penal. Todo o Direito da Pessoa não pode dispensar a ligação ética que o justifica. A privacidade existe antes de mais para permitir que cada pessoa prossiga, em sua consciência, o seu desenvolvimento pessoal. Fazê-la perder esse norte, torná-la como acontece já hoje frequentemente uma fortaleza do arbítrio, fora de toda a consideração da solidariedade social e dos deveres que dela derivam para com a comunidade é, também aqui, resvalar para o mero formalismo, a justificação fácil e fútil. Só tendo presente a noção substancial de pessoa se encontra o equilibrio entre os extremos. E só ela nos pode conduzir na interpretação das leis. Neste sentido, o art. 26.º, 2 da Constituição é prudente, ao determinar que "a lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.” [↑](#footnote-ref-63)
63. PINHEIRO, Alexandre Sousa - ***Privacy* e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. 2015, p.725-727. [↑](#footnote-ref-64)
64. *Id. Ibidem*, 2015, p. 721. Destaca o professor que "A LPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais informatizados ou manuais, nos termos impostos pela directiva, pressupondo uma "estruturação" da informação contida nos segundos. De acordo com o art. 4.º, n. 1, os tratamentos de dados manuais pressupõem que estes estejam contidos em "ficheiros" ou a estes destinados. Segundo a interpretação da CNPD na deliberação n. 107/2003: o âmbito das competências da CNPD restringe-se à possibilidade de apreciação de tratamento efectuado com recurso a meios total ou parcialmente automatizados ou em ficheiros manuais estruturados. Verifica-se que a correspondência trocada se encontra arquivada - de forma “não estruturada” na acepção da Lei 67/98 - em pastas ou arquivos. Ora, não há quaisquer elementos que permitam concluir que as alegadas “referências negativas” ou “juízos de valor” transmitidos ao Instituto do Consumidor constem de um "tratamento" a que é aplicável a Lei 67/98". [↑](#footnote-ref-65)
65. PINHEIRO, Alexandre Sousa – *op. cit.*. 2015, p. 723. [↑](#footnote-ref-66)
66. Acórdão do TC nº 355/97, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html> [↑](#footnote-ref-67)
67. GUANTER, Salvador Del Rey – CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. In **CONSTITUCIONY DERECHO DEL TRABAJO:1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)**, 1992, p. 39. [↑](#footnote-ref-68)
68. *Id. ibidem.*, 2015, p. 729-730. [↑](#footnote-ref-69)
69. CNPD – **Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade**. [Em linha]. [Consult. 31 jul 2019]. Disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf> [↑](#footnote-ref-70)
70. GUERRA, Amadeu – **A privacidade no local de trabalho**, 2004, p. 68. [↑](#footnote-ref-71)
71. *Id. Ibidem*, 2004, p. 184. [↑](#footnote-ref-72)
72. GUERRA, Amadeu – *op. cit*., 2004, p. 291. [↑](#footnote-ref-73)
73. *Id. Ibidem*, 2004, p. 292. [↑](#footnote-ref-74)
74. “All about genes”. [Em linha]. [Consult. 01 ago. 2019]. Disponível em http:www.beowulf.org.uk. [↑](#footnote-ref-75)
75. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de - Genoma Humano y Derechos Fundamentales. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; BERGEL, Salvador Darío; MINYERSKY, Nelly (Eds.). **Genoma humano,** 2004, p. 16. [↑](#footnote-ref-76)
76. *Id. Ibidem*, 2004, p. 16/17. [↑](#footnote-ref-77)
77. GARRAFA, Volnei – O diagnóstico antecipado de doenças genéticas e a ética. **Revista O Mundo da Saúde**, 2000, p. 424-425. [↑](#footnote-ref-78)
78. CARLUCCI, Aída Kemelmajer – *op. cit*., 2004, p. 17-18. [↑](#footnote-ref-79)
79. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, 2011, p. 11. [↑](#footnote-ref-80)
80. CIFUENTES, Santos - **El genoma humano y derecho Civil, preferentemente en el área de la persona: bases introductorias**, 2004, p.205. [↑](#footnote-ref-81)
81. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit*., 2011, p. 13. [↑](#footnote-ref-82)
82. HENDERSON, Mark – **50 ideias genéticas que precisa mesmo de saber**, 2011, p. 45. [↑](#footnote-ref-83)
83. SERRA DE CARVALHO, João César Sousa; SERRA DE CARVALHO, Virgílio Saúl Sousa; e SERRA DE CARVALHO, Hamilton Sarto – **Direito genómico e dignidade humana**, 2016, p. 26. [↑](#footnote-ref-84)
84. MAIA, Eleidi Alice Chautard Freire - Mapeamento do genoma humano e algumas implicações éticas.**Educar em Revista**, 1995, p. 15-26. [↑](#footnote-ref-85)
85. MARTINS, João Nuno Zenha - **O genoma humano e a contratação laboral**: progresso ou fatalismo, 2002, p. 6. [↑](#footnote-ref-86)
86. A sigla ELSI (*Ethical, Legal and Social Implications*) se refere aos campos de trabalho do referido programa, destacando a Prof.ª Maria Luisa Pfeiffer que as atividades e pesquisas do programa ELSI se concentram em privacidade e confidencialidade no uso e interpretação da informação genética; estudo do impacto psicológico da informação, com a integração clínica de novas tecnologias genéticas; debates sobre os testes (pesquisas) genéticas; e consequências do Projeto HuGO para a reprodução. (PFEIFFER, Maria Luisa - El proyecto HuGO y El proyecto ELSI. In: BERGEL, Salvador D.; MINYERSHY, Nelly (Orgs.). *op. cit*., 2004, p. 304-314). [↑](#footnote-ref-87)
87. GATTÁS, Gilka Jorge Fígaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH FILHO, Victor – Genética, biologia molecular e ética: as relações de trabalho. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2002, p.163. [↑](#footnote-ref-88)
88. *Id. Ibidem*. 2002, p. 163-164. [↑](#footnote-ref-89)
89. *Id. Ibidem*, 2002, p. 164. [↑](#footnote-ref-90)
90. MARTÍNES, Stella Maris – La Culminación Del Proyecto Genoma Humano: Análisis desde una perspectiva jurídico-penal. In: BERGEL, Salvador Dario; MINYERSKY, Nelly (Orgs.). *op. cit*., 2004, p. 183-184. [↑](#footnote-ref-91)
91. MATTEWMAN, William D. – **Genetic Testing: Can Your Genes Screen You out of a Job.** [Em linha]. [Consult. 01 ago 2019]. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle= hein.journals/howlj27&div=53&id=&page](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=%20hein.journals/howlj27&div=53&id=&page). [↑](#footnote-ref-92)
92. MARTINS, João Nuno Zenha – Op. cit., p. 20. [↑](#footnote-ref-93)
93. PENA, Sérgio Danilo J.; AZEVEDO, Eliane S. - O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CFM; 1998. p. 139-156. [↑](#footnote-ref-94)
94. PENA Sérgio Danilo J.; AZEVEDO Eliane S. - O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Orgs.). *op. cit*., 1998. p. 139-156. [↑](#footnote-ref-95)
95. GATTÁS, Gilka Jorge Fígaro; SEGRE, Marco; WÜNSCH FILHO, Victor – *op. cit*., 2002,p.160-162. [↑](#footnote-ref-96)
96. PENA Sérgio Danilo J.; Azevedo Eliane S. - O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OS ELKA, Gabriel. (Orgs.). *op. cit*., 1998. p. 139-156. [↑](#footnote-ref-97)
97. *Id. Ibidem*, 1998, p.139-156. [↑](#footnote-ref-98)
98. *Id. Ibidem*, 1998, p.139-156. [↑](#footnote-ref-99)
99. ESPINO, Maria Lidia Suárez - **El Derecho a la intimidad genética**, 2008, p. 168-169. [↑](#footnote-ref-100)
100. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *op. cit*., 2011, p. 599. [↑](#footnote-ref-101)
101. BONITA, R.; BEAGLEHOLE, R.; KJELLSTROM, T. – **Epidemiologia básica**, 2010, p. 110. [↑](#footnote-ref-102)
102. *Id. Ibidem*, 2010, p. 111-112. [↑](#footnote-ref-103)
103. BONITA, R.; BEAGLEHOLE, R.; KJELLSTROM, T. – *op. cit*., 2010. p. 111. [↑](#footnote-ref-104)
104. GARRAFA, Volnei – op. cit., 2000, p. 425-426. [↑](#footnote-ref-105)
105. CIFUENTES, Santos – *op. cit*., 2004, p. 203-204. [↑](#footnote-ref-106)
106. ROMEO CASABONA, Carlos María – **Genética y derecho**, 2003, p. 19. [↑](#footnote-ref-107)
107. ESPINO, Maria Lídia Suárez – *op. cit*., 2008, p. 18/19. [↑](#footnote-ref-108)
108. MALUSCHKE, Günther - A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **NOMOS** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC-Universidade Federal do Ceará, 2007, p. 95-117, 2007 [↑](#footnote-ref-109)
109. SILVA, Fernando **-** Nanotechnology and the protection of human dignity- A criminal-legal approach,in “**ETHICAL DIMENSIONS IN BIO-NANOTECHNOLOGY – PRESENTE AND FUTURE IM TELEMEDECINE”, 2012.** [↑](#footnote-ref-110)
110. FACHIN, Luiz Edson – Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 36, 2001, p. 209-219. [↑](#footnote-ref-111)
111. BARACHO, José Alfredo de Oliveira – Op. Cit., 2000, p. 88-92. [↑](#footnote-ref-112)
112. CIFUENTES, Santos – *op. cit*., 2004, p. 203-204. [↑](#footnote-ref-113)
113. FREITAS, Corina Bontempo Duca de; HOSSNE, William Saad . Pesquisa em seres humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Org.). **Iniciação à Bioética**, 1998, p.193-204. [↑](#footnote-ref-114)
114. LOBO, Rui Felipe Marmont - **Nanotecnologia e Nanofísica: conceito de Nanociência moderna**. 2009. p. 10. [↑](#footnote-ref-115)
115. MAZARÍO, Josér Maria Contreras – DERECHO A LA INTIMIDAD, PRUEBAS BIOMÉDICAS Y RELACIONES LABORALES, ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, in **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, p. 189-223. [↑](#footnote-ref-116)
116. DUDH. **Preâmbulo**. [Em linha]. [Consult. 02 ago 2019]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. [↑](#footnote-ref-117)
117. PROENÇA, Carlos Carranho - **Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia**. 2017, p. 308. [↑](#footnote-ref-118)
118. Preâmbulo do Tratado de Roma. In **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. [Em linha]. [Consult. 21 mares 2019]. Disponível em [www.infoeuropa.eurocid.pt/files/web/](http://www.infoeuropa.eurocid.pt/files/web/) documentos/eu/2002/2002\_tratadoCE.compil.pdf. [↑](#footnote-ref-119)
119. PROENÇA, Carlos Carranho – Op. Cit., 2017, p. 131. [↑](#footnote-ref-120)
120. PROENÇA, Carlos Carranho – *op. cit*., 2017, p. 36. [↑](#footnote-ref-121)
121. Id. Ibidem, 2017, p. 275. [↑](#footnote-ref-122)
122. CARTA FUNDAMENTAL. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Preâmbulo. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. 2000. [↑](#footnote-ref-123)
123. PROENÇA, Carlos Carranho – *op. cit*., 2017, p. 84. [↑](#footnote-ref-124)
124. CONSEIL DE L’EUROPE. **Case of Rotary v. Romania**. Strasbourg, 2000. [↑](#footnote-ref-125)
125. ESPINO, Maria Lidia Suárez – *op. cit*., 2008, p. 40-41. [↑](#footnote-ref-126)
126. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de – *op. cit*., 2004, p. 23. [↑](#footnote-ref-127)
127. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de – *op. cit*., 2004, p. 24. [↑](#footnote-ref-128)
128. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de – *op. cit*., 2004, p. 29. [↑](#footnote-ref-129)
129. PORTUGAL. Ministério Público. **Protocolos adicionais à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano**. 2001. [↑](#footnote-ref-130)
130. ESPIELL, Héctor Gros – La declaración de La Unesco sobre Genoma Humano y Derechos Humanos. In: BERGEL, Salvador D.; MINYERSHY, Nelly (Orgs.). *op. cit*., 2004, p. 220-222. [↑](#footnote-ref-131)
131. ESPINO, Maria Lidia Suárez – *op. cit.*, 2008, p. 40-41. [↑](#footnote-ref-132)
132. *Id. Ibidem*, 2004. p. 41. [↑](#footnote-ref-133)
133. NEVES, Miguel Santos -Soft law.In: ROSÁRIO, Pedro Trovão (Coord.). **Introdução ao Direito**, 2016, p. 251-265. [↑](#footnote-ref-134)
134. *Id. Ibidem*, 2016, p. 251-265. [↑](#footnote-ref-135)
135. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de – *op. cit*., 2004, p. 31-32. [↑](#footnote-ref-136)
136. MARTÍNES, Stella Maris – *op. cit*., 2004, p. 197. [↑](#footnote-ref-137)
137. ESPINO, Maria Lidia Suárez – *op. cit.*, 2008, p. 44. [↑](#footnote-ref-138)
138. A Professora Maria Lidia Suárez Espino cita em sua já mencionada obra, El Derecho a la intimidad genética, apenas os três primeiros princípios, porém, da análise da multicitada Declaração, observa-se a existência dos demais princípios acima destacados. [↑](#footnote-ref-139)
139. ESPINO, Maria Lidia Suárez – *op. cit.*, 2008, p. 104-105. [↑](#footnote-ref-140)
140. *Id. Ibidem*, 2008, p.105-106. [↑](#footnote-ref-141)
141. HUSEK, Carlos Roberto – **Curso de Direito Internacional Público**, 2017, p. 295-296. [↑](#footnote-ref-142)
142. Tratado de Criação da OIT. [↑](#footnote-ref-143)
143. HUSEK, Carlos Roberto – **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**, 2009, p. 95-97. [↑](#footnote-ref-144)
144. BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti – **Discriminação por sobrequalificação**. 2008, p.237. [↑](#footnote-ref-145)
145. LORENTZ, Lutiana Nacur - A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Revista LTr**. 2001, p.1-250. [↑](#footnote-ref-146)
146. PORTUGAL. Acórdão do TC 101/2009. [Em Linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>. [↑](#footnote-ref-147)
147. GINA – Lei Americana de Proteção Genética. Disponível em: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf. [↑](#footnote-ref-148)
148. VIANA, Roberto Camilo Leles – **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** 2013, p. 68. [↑](#footnote-ref-149)
149. GALLARDO, Mercedes Vidal – Derecho a la intimidad genética em las actividades sanitaria y contratual. In: SORIA, Salvador Tarodo; PRIETO, Paulino César Pardo (Coords). **Biotecnología y bioderecho**, 2011, p. 249. [↑](#footnote-ref-150)
150. NENKIES, Luis - La “ética del mercado” y la supresión del sujeto. In: SOROKIN, Patricia (Coors.). **Bioética**: entre utopías y desarraigos, 2002, p. 119. [↑](#footnote-ref-151)
151. DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da igualdade no direito do trabalho,** 1999, p. 272/273. [↑](#footnote-ref-152)
152. *Id. Ibidem*, 1999, p. 271. [↑](#footnote-ref-153)
153. DELGADO, Maurício Godinho – *op. cit.*, 2007, p. 664. [↑](#footnote-ref-154)
154. AMADO, João Leal - Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro. **Questões Laborais,** 2005, p.111-120. [↑](#footnote-ref-155)
155. AMADO, João Leal. Op. cit., 2005, p. 111-120. [↑](#footnote-ref-156)
156. SILVA NETO, Manoel Jorge e – Constituição, discriminação genética e relações de trabalho. **Revista Brasileira de Direito Público**-RBDP, 2011, p. 118/120. [↑](#footnote-ref-157)
157. GUEDES, Cristiano; e DINIZ, Débora – Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, 2007, p.501-520. [↑](#footnote-ref-158)
158. *Id. Ibidem*, 2007, p.501-520. [↑](#footnote-ref-159)
159. BRASIL. Ministério da Saúde - **Traço falciforme: consenso brasileiro sobre atividades esportivas e militares.**, 2015. [↑](#footnote-ref-160)
160. U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. **BNV Home Care Agency to Pay $125,000 to Settle EEOC Genetic Discrimination Lawsuit**. [Em linha]. [Consult. 12 nov. 2019]. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/11-1-16a.cfm>. [↑](#footnote-ref-161)
161. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, op. cit., 2015, p. 597-598. [↑](#footnote-ref-162)
162. ALEXY, Robert – Teoria dos direitos fundamentais, p. 588-594. [↑](#footnote-ref-163)
163. GONI SEIN, Jose Luis - **El respecto a la esfera privada del trabajador**, 1998, p. 114-115. [↑](#footnote-ref-164)
164. ACKERMAN, Mario E. - **SI SON HUMANOS NO SON RECURSOS: pensando em las personas que trabajan**, 2016, p. 55. [↑](#footnote-ref-165)
165. Acórdão proferido nos autos do Proc. nº PROCESSO nº 0010690-50.2014.5.01.0065, do TRT-1ª. Região-RJ, [Em linha]. [Consult. 01 nov 2019]. Disponível em <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/1699405/1/00106905020145010065-DEJT-08-04-2019.pdf>. [↑](#footnote-ref-166)
166. Acórdão da Seção Social do Tribunal da Relação de Lisboa. Disponível em: www.dgsi.pt/jtrl.nsf/ [↑](#footnote-ref-167)
167. Relatório final do BEA sobre o desastre. [↑](#footnote-ref-168)