



UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA COMO CATEGORIA DE VIOLAÇÃO
CONTEMPORÂNEA À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NAS
RELAÇÕES DE TRABALHO**

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autor: Brasilino Santos Ramos

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número do candidato: 20150239

Agosto de 2022

Lisboa

BRASILINO SANTOS RAMOS

**DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA COMO CATEGORIA DE VIOLAÇÃO
CONTEMPORÂNEA À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NAS
RELAÇÕES DE TRABALHO**

Tese apresentada ao Curso de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões – UAL, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito com Especialidade em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Agosto de 2022

Lisboa - Portugal

BRASILINO SANTOS RAMOS

**DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA COMO CATEGORIA DE VIOLAÇÃO
CONTEMPORÂNEA À IGUALDADE DE OPORTUNIDADES NAS
RELAÇÕES DE TRABALHO**

Tese apresentada ao Curso de Direito da Universidade
Autónoma de Lisboa Luís de Camões – UAL, como
requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em
Direito com Especialidade em Ciências Jurídicas.

Banca Examinadora:

Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (UAL)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

DEDICATÓRIAS

*Dedico esta tese aos meus netos e amadas esperanças: Lucca, Carolina,
Bárbara, Daniel e Luísa.
Esperança de que eles adquiram a consciência de que devem lutar, sempre, pelo direito à
igualdade de oportunidades, deles e dos demais seres humanos.
Também dedico aos meus pais (in memoriam) Waldir e Nadir, à minha amada esposa Iara e
aos meus filhos, aos meus irmãos, à minha nora e ao meu genro.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de infinita inspiração, sabedoria, bondade e misericórdia.

Aos Professores da Universidade Autónoma de Lisboa, Doutores Armindo Saraiva Matias, Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão, Geraldo Prado, Miguel Santos Neves e Stela Barbas, pelos preciosos ensinamentos.

À minha filha Renata Meireles Ramos Silva, pela inestimável ajuda na pesquisa bibliográfica e por me ensinar a amar ainda mais esta investigação.

Ao Francisco Carlos Feitosa, pela incessante, dedicada e valiosa ajuda nesta pesquisa, parceiro nas discussões e no compartilhamento das alegrias e nos desafios deste trabalho.

À Professora Doutora Stela Barbas, pela amizade, pela competente e dedicada orientação e pelo incentivo.

REFLEXÕES

“A pessoa deficiente é um de nós e participa plenamente da mesma humanidade que nós. Seria algo radicalmente indigno do homem e seria uma negação da humanidade comum admitir à vida da sociedade, e, portanto ao trabalho, só os membros na plena posse das funções do seu ser, porque, procedendo desse modo, recair-se-ia numa forma grave de discriminação, a dos fortes e sãos contra os fracos e doentes. O trabalho no sentido objetivo deve ser subordinado, também neste caso, à dignidade do homem, ao sujeito do trabalho e não às vantagens econômicas.” (Carta Encíclica *Laborem Exercens*)

“O destino já não está nas estrelas, mas sim nos genes!” (Stela Barbas)

“Só manteremos a liberdade, só florescerá em nós a igualdade e o justo sentido da ‘descoberta do outro’ que é a raiz da fraternidade, se persistir algum mistério sobre a radical diferenciação humana.”
(Bernardo Xavier)

“Enquanto não alcançares a verdade, não poderás corrigi-la. Porém, se não a corrigires, não a alcançarás. Entretanto, não te resignes.” (José Saramago – Do Livro dos Conselhos – História do Cerco de Lisboa)

RESUMO

Partindo da premissa de que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e em direitos, conforme artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ausência da igualdade de oportunidades é a gênese de múltiplas situações que geram diversas maneiras de agressão aos seres humanos, inclusive sob a reprovável forma de discriminação, afrontando os postulados dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais, dos Direitos de Personalidade, tudo isso motivado pela não observância do princípio mor que informa todo este contexto, o respeito à dignidade da pessoa humana. No mundo globalizado contemporâneo, são comuns as ameaças e as violações à igualdade de oportunidades nas relações laborais, mediante ações invasivas praticadas pelos empregadores, na seara da vida privada e da intimidade dos trabalhadores. O problema central a ser enfrentado nesta pesquisa é a busca de alternativas para assegurar, por meio de mecanismos normativos e outras medidas, inclusive de natureza econômica, que as empresas e outras organizações não pratiquem a discriminação estrutural nas relações de trabalho, especialmente mediante a realização e a utilização dos resultados de testes genéticos. Ao final da investigação, pretende-se apontar algumas alternativas que possam servir de caminhos para que o direito humano fundamental à igualdade de oportunidades no trabalho seja preservado, mesmo diante da possibilidade de testes genéticos. A exata compreensão do princípio da não discriminação genética nas relações de trabalho é algo complexo, diante da competitividade e da tecnologia que permeiam o mercado de trabalho. Entretanto, no contexto jurídico, há de se caminhar pelas trilhas das normas inspiradas em vertentes civilizatórias, nas quais os direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores venham a prevalecer sobre as atuais exigências impostas pelas novas tecnologias e pelo mercado de trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Vida privada e intimidade. Testes genéticos. Discriminação.

ABSTRACT

Based on the premise that human beings are born the same in dignity and rights, according to the article 1 of the Universal Declaration of Human Rights, the absence of the equality of opportunities is the genesis of multiple situations to create several forms of aggression against human beings, even under the reprobable form of discrimination, confronting the postulates of the Human Rights, Fundamental Rights, and the Rights of Personality, all motivated by the lack observation of the most important principle of law, which informs this whole context, the respect for the dignity of the human person. In this globalized and contemporary world, threats and violations to the equality of opportunities in the work relationships are common, through invasive actions practiced by the employers in the private life and intimacy of workers. The central problem to be faced in this research is to find alternatives to assure, through normative mechanisms and other measures, including those of economical nature, that the companies and other organizations don't practice the structural discrimination in work relationships, especially by carrying out and using results of genetic tests. At the end of the investigation, we pretend to point out some alternatives that can be used as ways to the fundamental human right of equality of opportunities in labor have been preserved, even facing the possibility of genetic testing. The exact understanding of the beginning of the non-genetic discrimination in work relationships is something complex due to the competitiveness and technology that permeate the labor market. However, in the legal context, we must follow the rules inspired by civilizational standards, in which the fundamental human rights and personality rights of workers will prevail over the current requirements imposed by the new technologies and the labor market.

Keywords: Labor law. Privacy and intimacy. Genetic testing. Discriminati

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| Siglas, abreviaturas e acrônimos | 13 |
| INTRODUÇÃO | 17 |
| 1 Considerações Iniciais | 17 |
| 2 Tema, relevância e delimitação da pesquisa | 17 |
| 2.1 <i>Tema</i> | 17 |
| 2.2 <i>Relevância ou Justificativa</i> | 19 |
| 2.3 <i>Delimitação</i> | 23 |
| 3 Objetivos e objeto (problema) da pesquisa | 23 |
| 3.1 <i>Objetivos</i> | 23 |
| 3.2 <i>Objeto</i> | 24 |
| 4 Estrutura e fundamentação teórica (Estado da Arte) | 27 |
| 4.1 <i>Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade (Parte I)</i> | 27 |
| 4.2 <i>Dignidade da pessoa humana, Vida privada e Intimidade</i> | 29 |
| 4.3 <i>Direito do Trabalho, trabalho digno e discriminação. Os testes genéticos como fator de discriminação nas relações de trabalho (Parte III)</i> | 31 |
| 5 Metodologia | 37 |
| | |
| PARTE I – Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade | 39 |
| Capítulo 1 – Direitos Humanos | 39 |
| 1.1 Antecedentes históricos | 39 |
| 1.1.1 <i>Idade Antiga</i> | 39 |
| 1.1.2 <i>Idade Média</i> | 40 |
| 1.1.3 <i>Idade Moderna</i> | 42 |
| 1.1.4 <i>Idade Contemporânea</i> | 43 |
| 1.2 Gênese e evolução: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus reflexos no século XXI | 46 |
| 1.3 Terminologia e definição | 50 |
| 1.4 Correntes filosóficas e perspectivas | 53 |
| 1.4.1 <i>Teorias e fundamentos</i> | 53 |
| 1.4.2 <i>Perspectivas</i> | 58 |
| 1.5 Distinção entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade | 64 |

| | |
|---|------------|
| 1.6 Direitos Humanos e Direito do Trabalho..... | 69 |
| Capítulo 2 – Direitos Fundamentais | 73 |
| 2.1 Considerações iniciais..... | 73 |
| 2.1.1 Origens..... | 73 |
| 2.1.2 Terminologia e conceitos | 75 |
| 2.2 Evolução e Classificação..... | 80 |
| 2.2.1 Evolução | 80 |
| 2.2.2 Classificação..... | 83 |
| 2.3 Considerações constitucionais e doutrinárias | 93 |
| 2.3.1 Sistema de proteção na União Europeia, em Portugal e no Brasil..... | 93 |
| 2.3.1.1 Proteção na União Europeia | 93 |
| 2.3.1.2 Proteção em Portugal..... | 96 |
| 2.3.1.3 Proteção no Brasil..... | 98 |
| 2.4 Direitos Fundamentais Sociais e o Direito do Trabalho..... | 103 |
| Capítulo 3 - Direitos de Personalidade..... | 110 |
| 3.1 Gênese e evolução..... | 110 |
| 3.2 Conceitos, características e classificação | 115 |
| 3.2.1 Conceitos..... | 115 |
| 3.2.2 Características e classificação | 120 |
| 3.3 Tutela jurídica dos direitos de personalidade | 123 |
| 3.3.1 Teorias | 123 |
| 3.3.2 Direito Internacional..... | 131 |
| 3.3.3 Ordenamento jurídico português..... | 134 |
| 3.3.4 Ordenamento jurídico brasileiro..... | 136 |
| 3.4 Direitos de personalidade sob a perspectiva do Direito do Trabalho | 138 |
| | |
| PARTE II – Dignidade da Pessoa Humana, Vida Privada e Intimidade..... | 142 |
| Capítulo 1 – A Dignidade da Pessoa Humana | 142 |
| 1.1 Considerações históricas | 142 |
| 1.2 Conceitos da dignidade humana..... | 147 |
| 1.3 Tutela jurídica da dignidade humana..... | 152 |
| 1.4 A dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho | 156 |
| 1.5 Novas tecnologias, livre iniciativa e dignidade do trabalhador | 161 |

| | |
|--|------------|
| Capítulo 2 – Vida Privada e Intimidade..... | 166 |
| 2.1 Gênese, evolução, conceito e principais teorias..... | 166 |
| <i>2.1.1 Origens e evolução histórica.....</i> | <i>166</i> |
| <i>2.1.2 Conceitos e distinções.....</i> | <i>172</i> |
| <i>2.1.3 Teorias.....</i> | <i>176</i> |
| 2.2 Proteção Jurídica da privacidade..... | 183 |
| <i>2.2.1 Direito Internacional.....</i> | <i>184</i> |
| <i>2.2.2 Direito Comparado.....</i> | <i>186</i> |
| 2.2.2.1 Proteção da privacidade nas Américas..... | 186 |
| 2.2.2.2 Proteção da privacidade no contexto europeu e a jurisprudência do TEDH. | 189 |
| <i>2.2.3 Proteção da privacidade em Portugal.....</i> | <i>194</i> |
| <i>2.2.4 Proteção da privacidade no Brasil.....</i> | <i>195</i> |
| 2.3 Tutela da intimidade e da vida privada do trabalhador..... | 196 |

PARTE III - Direito do Trabalho, Trabalho Digno e Discriminação. Os Testes Genéticos como Fator de Discriminação nas Relações de Trabalho..... 204

| | |
|--|------------|
| Capítulo 1 – Direito do Trabalho e o Direito ao Trabalho Digno..... | 204 |
| 1.1 Princípios do Direito do Trabalho..... | 204 |
| <i>1.1.1 Princípios internacionais ou universais.....</i> | <i>204</i> |
| <i>1.1.2 Princípios constitucionais.....</i> | <i>209</i> |
| <i>1.1.3 Princípios da proteção, da privacidade e da intimidade, e da igualdade de oportunidades e da não discriminação.....</i> | <i>211</i> |
| 1.1.3.1 A erosão do princípio da proteção em Portugal..... | 216 |
| 1.1.3.2 O avanço da precarização do trabalho no Brasil..... | 222 |
| 1.2 Trabalho digno no Estado de Direito Democrático..... | 225 |
| <i>1.2.1 “Trabalho decente” segundo a OIT.....</i> | <i>227</i> |
| <i>1.2.2 Convenções e Resoluções da OIT.....</i> | <i>230</i> |
| 1.3 Perspetivas para o Direito do Trabalho na contemporaneidade..... | 231 |
| Capítulo 2 – Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação..... | 235 |
| 2.1 Conceito e classificação..... | 235 |
| <i>2.1.1 Conceitos.....</i> | <i>235</i> |
| <i>2.1.2 Classificação.....</i> | <i>239</i> |
| 2.1.2.1 Discriminação estrutural..... | 239 |

| | |
|---|------------|
| 2.1.2.2 Discriminação direta e indireta. Discriminação positiva..... | 241 |
| 2.2 Tutela da igualdade no Direito Internacional | 245 |
| 2.2.1 <i>Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas deficientes (Convenção Interamericana)</i> | 248 |
| 2.3 Igualdade e não discriminação na União Europeia: aspetos doutrinários e jurisprudenciais..... | 252 |
| 2.4 Tutela da igualdade no Brasil – Constitucional e infraconstitucional | 257 |
| 2.4.1 <i>Mulher</i> | 258 |
| 2.4.2 <i>Étnico-racial</i> | 259 |
| 2.4.3 <i>Deficiência</i> | 260 |
| 2.5 Tutela da igualdade em Portugal – Constitucional e infraconstitucional..... | 261 |
| 2.5.1 <i>Mulher</i> | 262 |
| 2.5.2 <i>Étnico-racial</i> | 263 |
| 2.5.3 <i>Deficiência</i> | 264 |
| Capítulo 3 – Discriminação no Mundo do Trabalho..... | 266 |
| 3.1 Tutela normativa no Direito Internacional | 266 |
| 3.1.1 <i>Organização das Nações Unidas</i> | 267 |
| 3.1.2 <i>Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT</i> | 269 |
| 3.1.2.1 Trabalho de igual valor entre homens e mulheres | 270 |
| 3.1.2.2 Discriminação em matéria de emprego e ocupação | 271 |
| 3.1.2.3 Políticas destinadas à inserção da pessoa deficiente no mercado de trabalho | 276 |
| 3.2 Tutela normativa no direito comunitário | 277 |
| 3.3 Tutela normativa no Direito português. Proteção na esfera constitucional e infraconstitucional | 279 |
| 3.4 Tutela normativa no Direito brasileiro. Proteção na esfera constitucional e infraconstitucional | 281 |
| 3.5 Responsabilidade social das empresas | 283 |
| 3.5.1 <i>Conceitos, características e teorias</i> | 283 |
| 3.5.2 <i>Responsabilidade social das empresas no mundo do trabalho</i> | 290 |
| Capítulo 4 – Genoma Humano | 295 |
| 4.1 Da descoberta do ADN ao Projeto do genoma humano | 295 |
| 4.2 Aspetos filosóficos, bioéticos e religiosos..... | 302 |
| 4.3 Doenças, testes e terapia genética | 313 |
| 4.3.1 <i>Espécie de doenças e probabilidades de desenvolvimento</i> | 313 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4.3.2 | <i>Modalidades de testes</i> | 315 |
| 4.3.3 | <i>Terapia e engenharia de melhoramento</i> | 318 |
| 4.4 | Princípio da autonomia privada, autodeterminação e privacidade | 323 |
| 4.5 | Direito à privacidade e ao não saber | 325 |
| 4.6 | Eugenismo e discriminação genómica | 329 |
| 4.6.1 | <i>A nova eugenia</i> | 329 |
| 4.6.2 | <i>Discriminação genómica</i> | 333 |
| | Capítulo 5 – Testes Genéticos e Discriminação Laboral | 337 |
| 5.1 | Considerações iniciais | 337 |
| 5.2 | Tutela jurídica | 340 |
| 5.2.1 | <i>Normativos de organismos internacionais</i> | 340 |
| 5.2.2 | <i>Arcabouço legislativo e jurisprudência em diversos países</i> | 351 |
| 5.2.2.1 | Alemanha..... | 351 |
| 5.2.2.2 | Argentina | 352 |
| 5.2.2.3 | Áustria | 353 |
| 5.2.2.4 | Espanha..... | 354 |
| 5.2.2.5 | França | 355 |
| 5.2.2.6 | Suécia..... | 356 |
| 5.2.2.7 | Suíça | 357 |
| 5.2.3 | <i>O tratamento da informação genética nos Estados Unidos da América</i> | 358 |
| 5.2.3.1 | Histórico | 358 |
| 5.2.3.2 | Tutela de proteção à igualdade de oportunidades..... | 363 |
| 5.2.3.2.1 | Lei federal de não discriminação da informação genética – GINA.. | 363 |
| 5.2.3.2.2 | Leis estaduais | 371 |
| 5.2.3.2.3 | Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA - EEOC. | 376 |
| 5.2.4 | <i>A doutrina, a legislação e a jurisprudência em Portugal</i> | 378 |
| 5.2.5 | <i>A doutrina, a legislação e a jurisprudência no Brasil</i> | 383 |
| 5.3 | Testes genéticos, monitorização, discriminação no mundo do trabalho | 394 |
| | Considerações finais | 402 |
| | REFERÊNCIAS | 414 |
| | ANEXO I | 451 |
| | LEGISLAÇÃO | 451 |
| | ANEXO II | 473 |
| | JURISPRUDÊNCIA | 473 |

Siglas, abreviaturas e acrônimos

a.C. – antes de Cristo.

AAFESP – Associação de Anemia Falciforme do Estado de São Paulo (Brasil).

ABH – Associação Brasil Huntington.

Abr. – abril.

ACLU – União Americana pelas Liberdades Cívicas.

ADEA – Lei contra a discriminação das pessoas com idade superior a 40 anos (EUA).

ADN – *deoxyribonucleic acid* (ácido desoxirribonucleico).

Ago. – agosto.

ALCA – Área de Livre Comércio das Américas.

ANPAD – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (Brasil).

AR – Assembleia da República (Portugal).

ARN – ácido ribonucleico.

Art. – artigo.

BGB – Código Civil da Alemanha (Bürgerliches Gesetzbuch – de 1900).

BGH – Bundesgerichtshof – Tribunal Federal de Justiça da Alemanha.

BIRD – Banco Mundial.

BTG – Deutscher Bundestag. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

CCNE – Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde (França).

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Brasil).

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

CE – Comunidade Europeia.

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

CEDM – Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

CEE – Comunidade Econômica Europeia.

CF – Constituição Federal (do Brasil).

CFM – Conselho Federal de Medicina (Brasil).

CIBio – Comissão Interna de Biossegurança.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (Portugal).

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Brasil).

CNUMAD – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Brasil).

Consult. – consulta, consultado em.

Coord. – Coordenador(a), coordenadores(as).

CPC – Código de Processo Civil (Brasil).

CRESMEP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

CRG – Conselho para Genética Responsável (EUA).

CRP – Constituição da República Portuguesa.

CT ou CTP – Código de Trabalho de Portugal.

CVC – Clorose variegada de citrinos.

d.C. – depois de Cristo.

Dez. – dezembro.

DL – Decreto-lei.

ADN – ácido desoxirribonucleico.

DRE – Diário da República Eletrónico (Portugal).

DT – Direito do Trabalho.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos.

DUGHDH – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Ed. – edição.

EEOC – Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA.

Et al – e outros.

EUA – Estados Unidos da América.

FAO – Organização da Alimentação e Agricultura (ONU).

Fev. – fevereiro.

FMI – Fundo Monetário Internacional.

FMLA – Lei de Licença Médica e Familiar (EUA).

Gal. – Gálatas (Bíblia. Novo Testamento. Carta de São Paulo aos Gálatas).

GDDC – Gabinete de Documentação e Direito Comparado (Ministério Público – Portugal).

GenDG – Lei de Diagnóstico Genético (Alemanha).

GG – Grundgesetz - Lei Fundamental n.º 154, de 1949 (Alemanha).

GINA – Lei de não discriminação da informação genética (EUA).

GPDR – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Comissão Europeia).

GULAG – Glavnoye Upravleniye Ispravitelno-trudovykh Lagerey (Administração de Acampamentos de Trabalho Corretivo).

HIV – Human Immunodeficiency Virus.

HTTP – Hyper text transfer. Protocolo de transferência de hipertexto.

HUGO – Human Genome Organization.
ILO – International Labour Organization.
In – no; na.
INPGH – Instituto Nacional de Pesquisa do Genoma Humano.
ISBN – International Standard Book Number.
ISSN – International Standard Serial Number.
Jan. – janeiro.
Jul. – julho.
Jun. – junho.
LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Brasil).
LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União (Brasil).
Lc. – Lucas (Evangelho. Novo Testamento da Bíblia).
Mai. – maio.
Mar. – março.
Mercosul – Mercado Comum do Sul.
MPT – Ministério Público do Trabalho (Brasil).
MPU – Ministério Público da União (Brasil).
Mt. – Mateus (Evangelho. Novo Testamento da Bíblia).
MTSSS – Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (Portugal).
N.º – número.
NIH – National Human Genome Research Institute (USA).
Nov. – novembro.
OCDE/OECD – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.
OEA – Organização dos Estados Americanos.
OGM – Organismos geneticamente modificados.
OHCHR – Escritório de Alto Comissariado de Direitos Humanos.
OIT – Organização Internacional do Trabalho.
OMS – Organização Mundial da Saúde (ONU).
ONU – Organização das Nações Unidas.
OPANAL – Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina.
Org. – Organizador(a).
OSHA – Lei de segurança e saúde ocupacional (USA).
Out. – outubro.

p. – página.

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

PL – Projeto de Lei.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

PT – Portugal.

QI – Quociente de inteligência.

RENATES – Registro Nacional de Teses e Dissertações.

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados (União Europeia).

Set. – setembro.

SIIC – SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO (Portugal).

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil).

TDTI – Programa Todos Diferentes, Todos Iguais (Portugal).

TECE – Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

TL – Tratado de Lisboa.

TRT – Tribunal Regional do Trabalho (Brasil).

TST – Tribunal Superior do Trabalho (Brasil).

TUE – Tratado da União Europeia.

UE – União Europeia.

UFMA – Universidade Federal do Maranhão.

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil).

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (ONU).

UNDOC – Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes.

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

UNISSINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil).

USA – United States of America.

USP – Universidade de São Paulo.

v. ou Vol. – volume.

Www – World Wide Web. Internet. Rede de alcance mundial.

INTRODUÇÃO

1 Considerações Iniciais

Note-se que esta investigação tem um conteúdo jurídico, embora com breves, mas necessárias, remissão e alusões a outras ciências, como a sociologia, a economia, a biologia e a ética. É advertido, *ab initio*, que o objeto da pesquisa não é o estudo aprofundado e detalhado do genoma humano, na perspectiva da biologia e de outras ciências relacionadas.

Trata-se de uma investigação com foco maioritário no Direito do Trabalho e um corte específico para a possibilidade de discriminação no ambiente de trabalho motivada pelo desempenho e utilização dos resultados dos testes genéticos e pelas suas consequências legais para os intervenientes no mundo do trabalho, especialmente para os trabalhadores e empregadores.

Para já, sem cuidar do cumprimento das preciosas sugestões que emanam da orientação académica, esclarece-se que o resumo apresentado no Projeto de Tese sofreu adição, adequação e detalhe de itens, fruto do necessário aprofundamento das investigações realizadas no decurso da elaboração da tese. No entanto, tais modificações não alteraram ou prejudicaram a estrutura e o conteúdo essencial deste Projeto.

Por isso, esta Introdução está em harmonia com o conteúdo do Projeto de Tese apresentado e aprovado, em conformidade com o n.º 3 do artigo 34.º do Regulamento Geral de Mestrado e Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Regulamento n.º 90, de 6 de março de 2014.

2 Tema, relevância e delimitação da pesquisa

2.1 Tema

Derivada do grego (*thesis* = proposição), uma tese é uma proposição que se apresenta para ser discutida, e, segundo o magistério de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹, também “tratada e demonstrada”. O tema da tese indica uma vasta área de interesse, genérica e aberta, que deve ser investigada. Além disso, não há como confundir o tema, com o título da tese.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Novo Aurélio século XI**: o dicionário da língua portuguesa, p. 1939. 3.ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Umberto Eco² assevera que a escolha de um tema para a tese pressupõe resposta a duas perguntas. A primeira: o que nos importa a investigação? A segunda: somos capazes de pesquisar aquilo que nos interessa?

O interesse fundamental da investigação é estudar a evolução histórica e normativa, bem como as várias posições doutrinárias, jurisprudentes e conceptuais sobre o direito fundamental à igualdade de oportunidades, a que cada pessoa humana deve fazer justiça, incluindo as relações laborais. Esta igualdade de oportunidades, se não alcançada, – em tese – é a génese de múltiplas situações de discriminação, que afrontam os postulados dos Direitos Humanos Fundamentais, dos Direitos de Personalidade, tendo em conta a não observância ao princípio mor que informa todo este contexto: o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Isto porque, apesar das diferenças culturais e biológicas, entre outras, os seres humanos merecem igual respeito, por serem os “únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”. Esta condição gera uma radical igualdade, portanto “– nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”³.

Entretanto, este ideal de igualdade, notadamente a igualdade de oportunidades no mundo laboral, ainda encontra resistências e sofre constantes e crescentes ameaças e violações na contemporaneidade, motivadas por inúmeros interesses (entre eles os de natureza econômica) que se contrapõem ao ideal, atentando contra a dignidade da pessoa humana de maneira perversa e cruel.

Estas ameaças, e também violações da igualdade de oportunidades nas relações laborais, ocorrem através de ações invasivas praticadas pelos empregadores, no domínio da vida privada e da intimidade dos trabalhadores. O interesse da investigação não é pelas ações atomizadas, que invadem a vida privada e a intimidade dos trabalhadores na sua individualidade, mas pela adoção de políticas organizacionais que resultem em discriminação estrutural nas relações laborais, com recortes específicos e especial enfoque na exigência de realizar testes genéticos e utilização dos seus resultados, para discriminar através da desigualdade de oportunidades, apenas por causa destes testes, que não são verdades absolutas.

Como se afirma, os interesses económicos são a força motriz, a principal motivação desta discriminação estrutural. Por isso, a investigação atreveu-se a procurar e

² ECO, Umberto - **Como se faz uma tese**, p. 6. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 1991.

³ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

sugerir mecanismos que possam funcionar como antídotos para esta motivação perversa. Por outras palavras, esta motivação financeira deve ser combatida com alternativas, também de natureza económica, que atinjam estruturalmente as organizações que discriminam, inibindo-as de continuarem a agir dessa forma.

À segunda pergunta de Umberto Eco – temos condições de pesquisar aquilo que nos interessa? – responde-se afirmativamente, diante da ampla literatura técnica, dos princípios de Direitos Humanos, Fundamentais, de Personalidade e do Trabalho, das normas positivadas, do posicionamento dos Tribunais (nacionais e internacionais) e dos organismos internacionais, bem como da aplicação de antídotos semelhantes noutras searas, particularizando-os, de forma inovadora, nas relações de trabalho, nas hipóteses de discriminação estrutural e motivados pela utilização de testes genéticos.

2.2 Relevância ou Justificativa

No que diz respeito à relevância ou justificação, é necessário discutir as razões que justificam o desempenho desta investigação e qual a sua importância na atualidade⁴.

As tensões existentes entre o capital e o trabalho não são mais tão explícitas quanto nos séculos XIX e XX. O século XXI, com todo o seu tecnicismo e os seus avanços tecnológicos, traz também o refinamento e a sutil ocultação deste conflito de interesses. A competitividade nas relações económicas, a procura de redução de custos nas empresas, a procura crescente de especialização no desempenho laboral atinge os trabalhadores, negando-lhes mesmo o direito sagrado à igualdade de oportunidades, trazendo discriminação estrutural e, entre os seus vários aspetos, a discriminação resultante da utilização dos resultados dos testes genéticos. É inegável *que este modus operandi discriminatório*, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental e pilar maior nas relações – incluindo o trabalho – entre os seres humanos. Atualmente, o mundo do trabalho está a mover-se no sentido oposto aos princípios que deram origem à legislação laboral. É a passagem do círculo virtuoso emanando do Estado-Providência, no círculo vicioso com o crescente fenómeno global das políticas ultraliberais, consagrado na famosa frase atribuída ao economista francês do Iluminismo, Claude Marie Vincent, o Marquês de Gornay (1712-1759): *laissez faire, transeunte lassissez, le monde va de lui même* (deixe-me fazer, deixe passar, que o mundo anda por si só).⁵

⁴ GALUPPO, Marcelo Campos - **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas, p. 120. 2.ª ed. atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

⁵ LE CAFÉ PÉDAGOGIQUE. [Em linha]. [Consult. 7 Jun. 2017]. Disponível em <http://www.cafepedagogique.net/lemensuel/lenseignant/schumaines/ses/P.aspx>.

Em geral, no modelo produtivo anterior à década de 70, tudo era articulado. Havia previsibilidade, nos meios de produção, nos bens de consumo, no trabalho e na legislação obreira. Os crescentes salários serviam ao trabalhador (para a subsistência dele e de sua família) e ao empresário (para fomentar o consumo). Entretanto, a partir dos primeiros anos da década de 1970, com o advento da crise do petróleo (1973/1974), o Direito do Trabalho passou a sofrer as consequências de uma economia globalizada, que veio acompanhada de importante revolução tecnológica, principalmente da informática. Aliados a estes importantes fatores, surgiram também os novos modelos de gestão empresarial, e a mão invisível do mercado produziu novos fenômenos no mundo do trabalho, tais como a terceirização, a desregulação, a flexibilização, a livre negociação, a fragmentação, a informalidade e outros mecanismos que veem, na redução dos direitos dos trabalhadores, a tábua de salvação para a diminuição dos custos, a manutenção da competitividade e dos percentuais de lucro.

Este cenário veio a ser agravado com o surgimento de governos ultraliberais, de vocação repressiva e descomprometidos socialmente, com longo período de duração. Os governos de Margareth Thatcher (Reino Unido, 1979-1990), Ronaldo Reagan (EUA, 1980-1988) e Helmut Kohl (Alemanha – 1982-1990, na Alemanha Ocidental, e 1990-1998, na Alemanha reunificada) são exemplos. A queda do muro de Berlim acabou com o equilíbrio e contraponto necessários à ideologia ultraliberal⁶ exercida pela extinta União Soviética. E tudo indica que esta é uma tendência no primeiro quarto do século XXI, conforme se constata, dentre outros, do governo de Donald Trump, nos EUA, que teve início em 2017. Esta foi também a tendência na América do Sul.

Analistas políticos preveem um declínio nos regimes democráticos, alcunhado “recessão da democracia”. Investigações levadas a cabo na Europa e nos Estados Unidos da América revelam que as gerações pós-Segunda Guerra Mundial já não consideram tão

⁶ Também denominado de neoliberalismo, embora subsistam as mesmas propostas e a essência do liberalismo clássico (cujos princípios fundamentais são a liberdade econômica, a tolerância, a defesa da propriedade privada, a limitação do poder e o individualismo), apenas defendidas e aplicadas com maior radicalidade pelos seus adeptos. O ultraliberalismo se fortaleceu na década de 1970, por meio da Escola Monetarista do economista Milton Friedman, como uma solução para a crise que atingiu a economia mundial em 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo. Ultraliberalismo ou neoliberalismo, portanto, é a aplicação dos princípios liberais em uma realidade econômica pautada pela globalização e pelos novos paradigmas do capitalismo. Seus expoentes são os economistas Friedrich von Hayek e Milton Friedman. São características do ultraliberalismo a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país, a pouca intervenção do governo no mercado de trabalho, a política de privatização de empresas estatais, a livre circulação de capitais (principalmente especulativos) internacionais e a ênfase na globalização, a abertura da economia para a entrada de multinacionais, e a defesa dos princípios econômicos do capitalismo, entre outras.

importante viver num regime democrático. A inviabilidade e a perigosa derrocada da democracia ocorrerão se os regimes políticos não se fundamentarem “na inquestionável defesa dos direitos humanos, na justiça, na solidariedade intra e inter geracional, na verdade dos factos, na sua análise desapassionada e racional e no conhecimento científico”⁷.

Todos estes fatores geraram profundas mudanças na economia, o que levou a uma reestruturação do sistema capitalista – com o predomínio do capital e dos investimentos especulativos – e a conexão ao fenômeno da globalização ou mundialização do capital⁸.

Tendo em conta que estes fatores continuam a permear o atual contexto do mundo do trabalho, é preciso perguntar: estamos a viver uma crise do Direito do Trabalho ou do novo capitalismo? Ousa-se afirmar que esta crise não teve origem no Direito do Trabalho, mas é inegável concluir que afeta o mundo do trabalho e gera graves repercussões nas relações de trabalho. A propósito, pertinente pequeno fragmento do Manifesto do Partido Comunista, em 1848: “Tudo o que era estável e sólido desmancha no ar; tudo o que era sagrado é profanado, e os homens são obrigados a encarar com olhos desiludidos seu lugar no mundo e suas relações recíprocas”⁹.

Sem desvincular o mundo do trabalho do universo econômico da atualidade, Luiz Otávio Linhares Renault¹⁰ afirma que “o problema do Direito do Trabalho é mais reflexo, mais derivado do que originário. Não nasce nele, nem é congenitamente dele. Vem de outros setores da economia, que por coerência desejam vê-lo mudado, visando atualizá-lo, a compatibilizá-lo com os novos tempos”.

Há pouco mais de uma década, a ideologia ultraliberal passou a sentir os efeitos de sua amarga receita, e, segundo François Xavier Merrien¹¹, o “[...] império do mercado não é mais a doutrina dominante. As organizações internacionais passam a reconhecer a necessidade de reforçar as políticas sociais e de lutar mais eficazmente contra a pobreza”. Assim, verifica-se que é o próprio capitalismo que, para sua sobrevivência, propõe o retorno – mesmo com características distintas, face à diversidade da realidade

⁷ SANTOS, Felipe Duarte. **Os limites da democracia no século XXI**. [Em linha]. P – Pense bem, pense público. [Consult. 3 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.publico.pt/2017/02/03/ciencia/noticia/os-limites-da-democracia-no-seculo-xxi-1760661>.

⁸ DELGADO, Gabriela Neves - **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 164. São Paulo: LTr, 2006.

⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich - **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Casal, p. 29. Porto Alegre: L&PM, 2009..

¹⁰ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é isto – O Direito do Trabalho?, p. 81. In PIMENTA, José Roberto Freire [et al] (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução Crise e Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004..

¹¹ MERRIEN, François Xavier - O novo regime econômico internacional e o futuro dos Estados de Bem-Estar Social. In: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado de Bem-Estar Social no século XXI**, p.138. São Paulo: LTr, 2007.

socioeconómica – de medidas similares às recomendadas por Keynes¹². A isto a doutrina tem denominado de *neokeynesianismo*. Vê-se, portanto, que a política económica preponderante no Estado Social – ainda que para tanto, diante das novas realidades económicas e sociais, seja necessária nova calibragem – continua a ser o remédio para os desmandos e as mazelas do capitalismo selvagem, sem peais e sem reciprocidades, que impactam diretamente no mundo do trabalho¹³.

Também inaceitável é a ideia – falaciosa e impregnada de forte conteúdo ideológico – da perda ou da diminuição da importância do trabalho vivo¹⁴, face aos inegáveis avanços tecnológicos (que também foram produzidos pelo trabalho). Não é o trabalho em si que deixa de ser relevante, mas de forma perversa e deliberada, o que diminui a cada dia é o valor retributivo que lhe é atribuído, bem como o tratamento que é dado ao trabalhador. Isto inclui a igualdade de oportunidades para o acesso ao emprego e às progressões nele atribuídas.

É neste contexto, cada dia mais atual, que o trabalhador – na procura de um emprego, ou mesmo já empregado – sofre, a todo o momento, uma ameaça velada de não ser contratado ou de perder o emprego, pois o “exército de reserva”¹⁵ de que Marx falava está aí, à porta das empresas.

O interesse pessoal deste investigador na investigação do tema desta tese é digno de nota, disponibilizando a esta investigação a sua experiência pessoal, académica e profissional, como advogado de trabalho (16 anos), como professor universitário (30 anos), como membro do Ministério Público do Trabalho (10 anos) e como Juiz do Trabalho (mais de 18 anos).

¹² As políticas adotadas pelo Estado Social – as quais atribuíam ao Poder Público o direito e o dever de controlar a livre economia do mercado, com o objetivo de gerar emprego, reduzir a jornada de trabalho, propiciar assistência médica gratuita e benefícios sociais, que assegurassem à população um padrão mínimo de vida digna – contrapunham-se à ideologia do Estado Liberal. No final de 1935 e no início de 1936, essas políticas económicas passaram a ser conhecidas como keynesianismo, visto que teorizadas pelo economista britânico John Maynard Keynes, em sua clássica obra “A teoria geral do emprego, do juro e da moeda”. Embora acusado de socialista e crítico do mercado, não desejava a substituição maciça do sistema de mercado, mas professava a crença de que os mercados não se corrigem sozinhos em curto ou médio prazo. (In STIGLITZ, Joseph E - **A globalização e seus malefícios**. A promessa não cumprida de benefícios globais. Tradução Bazán Tecnologia e Linguística, p. 300. São Paulo: Futura, 2002).

¹³ DELGADO, Maurício Godinho - **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução, p.52- 68 e segs. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁴ Trabalho vivo: é o trabalho em si do sujeito produtor, ou seja, o trabalho criador em ação para criação de um determinado produto, material ou intelectual. Trabalho morto: compõe-se dos produtos-meios e insumos que estão envolvidos no processo de trabalho (ferramenta, matéria-prima, máquina ou mesmo um saber estruturado) e que são resultados de um trabalho (vivo) humano anterior.

¹⁵ Marx denominou de “exército de reserva” os trabalhadores desempregados, à disposição para trabalhar. Interessa ao capital a manutenção desse exército, que funciona como elemento de pressão, tanto na redução do preço da mão de obra, quanto na aceitação de situações que causam profunda discriminação no trabalho.

2.3 Delimitação

O tema exposto, bem como sua relevância (itens 2.1 e 2.2), são muito abrangentes, objetos de vasta literatura, conduzem a inúmeros problemas e constituem um aranzel que perpassa diversas áreas das ciências jurídicas, de sorte que exige, para os efeitos desta pesquisa, a necessária delimitação, com abordagens mais específicas e restritas, sem olvidar da importância daquilo que deixará de ser enfrentado com a profundidade ideal. O propósito da delimitação é evitar intermináveis divagações e discussões. Para tal, impõem-se limites à investigação, sem se perder de vista o seu foco e as conexões essenciais à sua explanação.

Por outro lado, a delimitação do tema passa pela formulação do problema (ponto de partida da investigação), analisado com mais aprofundadamente no tópico 3.2, ou seja, garantir aos trabalhadores a igualdade de oportunidades no ambiente laboral, assegurando-se que a discriminação estrutural não seja praticada nas relações laborais, através do desempenho e utilização dos resultados dos testes genéticos, ou inibir tais práticas quando já ocorrem.

Assim, o recorte no tema da investigação e sua delimitação limitar-se-ão à pesquisa do problema acima enunciado, com abordagens do cenário internacional, mas com foco preferencial no contexto luso-brasileiro, destacando-se, por oportuno, que no Brasil ainda não existe uma legislação, constitucional ou infraconstitucional que enfoque, na seara do Direito do Trabalho, a problemática ora anunciada.

3 Objetivos e objeto (problema) da pesquisa

3.1 Objetivos

Os objetivos da investigação científica dividem-se em geral e específicos. Nos objetivos gerais, serão estudadas questões do ponto de vista estrutural, procurando verificar a razão e o porquê desta investigação. Os objetivos específicos verificarão as questões do ponto de vista da conjuntura, de uma forma específica, procurando indicar o campo de aplicação e o objetivo específico do inquérito¹⁶.

Portanto, o objetivo geral é o aprofundamento do tema dos direitos e personalidade fundamentais, à luz da responsabilidade social das empresas no que respeita ao cumprimento dos princípios e normas que garantem aos trabalhadores o direito à igualdade de

¹⁶ GALUPPO, Marcelo Campos - **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas, p. 117-119. 2.^a ed. atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

oportunidades no trabalho, evitando a discriminação estrutural, que pode ocorrer face à utilização de testes genéticos.

Quanto aos objetivos específicos da investigação, procurámos alcançar, no seu final, as alternativas e caminhos a trilhar, estudar, analisar e comparar mecanismos que garantam aos trabalhadores, preventivamente, ou através da reparação de danos materiais e morais, o cumprimento do direito fundamental de não serem discriminados nas relações laborais, a adoção pela entidade dos empregadores de políticas estruturais discriminatórias, o desempenho e a utilização de testes genéticos, quer durante a relação de trabalho, pré ou pós-contratual.

O campo de aplicação e o objetivo específico do inquérito, ou a razão da sua realização, é a possibilidade de verificar e comparar, não só no ambiente académico, mas também entre os outros intervenientes nas relações de trabalho, a viabilidade da aplicação dos mecanismos acima descritos, dado que a liberdade de mercado não é absoluta, mas deve ser guiado por diretrizes normativas e éticas.

3.2 Objeto

Em seguida, o objeto será abordado – o que foi pesquisado – ou o problema desta investigação, ou seja, qual é o seu ponto de partida, a dificuldade inicial e o que se pretendia no final da investigação, apontando alternativas, meios e caminhos para a sua solução. A construção da problemática passa por algumas questões a serem colocadas ao tema proposto, exemplificada abaixo¹⁷.

Deve ser esclarecido que esta investigação teve como pilar central o respeito pela igualdade de oportunidades e pela não discriminação nas relações laborais, igualdade que é apoiada pela dignidade da pessoa humana, centrando-se nas suas diferentes dimensões¹⁸. Em especial, serão também abordadas situações excecionais em que os testes genéticos seriam realizados em benefício não só dos trabalhadores, mas também dos empregadores e da sociedade.

Inegável que a revolução genética questiona a lei nos seus aspetos mais variados, incluindo a legislação laboral. Este ramo do Direito Social tem, no seu ADN, a

¹⁷ GALUPPO, Marcelo Campos - **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas, p. 117. 2.^a ed. atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

¹⁸ Jorge Reis Novais leciona que a dignidade da pessoa humana possui diferentes dimensões: “a dignidade identificada com os direitos fundamentais, a dignidade *contra* e a *favor* dos direitos fundamentais, a dignidade como fundamento dos direitos fundamentais e a dignidade como fundamento a restrições a direitos fundamentais”. (In NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 15. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2016).

natureza de um direito protetor do trabalhador, com a máxima – quase um dogma – de que o trabalho não é uma mercadoria. Assim, uma das questões que foi procurada para responder no decurso do inquérito diz respeito ou não à admissibilidade – examinada na perspetiva dos direitos laborais fundamentais e com um pilar no princípio da dignidade da pessoa humana – que o empregador pode exigir os resultados dos testes genéticos, ser informado deles e/ou usá-los nas relações de trabalho.

Considerando a possibilidade de testes genéticos preditivos ou durante a relação de trabalho, os seus resultados revelarão propensão genética, possibilidades e predisposições, que se estenderão para além da pessoa dos examinados, migrando para os seus familiares. Inegável que haverá, por reflexo, invasão de privacidade e intimidade dos outros. A este respeito, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, através da sua Convenção n.º 181º, artigo 6.º, prevê que o tratamento a dispensar aos dados pessoais dos trabalhadores deve respeitar a vida privada e limitar-se a “questões que incidam sobre as qualificações e a experiência profissional dos trabalhadores visados e qualquer outra informação diretamente pertinente”.

Por outro lado, dado que os testes genéticos preditivos revelam apenas uma indicação de probabilidade ou probabilidade de que a pessoa sofra de uma determinada doença, é necessário questionar a legitimidade de dificultar o acesso ao emprego, estigmatizar e discriminar geneticamente o trabalhador.

Uma questão também considerada é a possibilidade de que, no exercício do direito de reserva da intimidade da vida privada, deriva do chamado “direito à ignorância genética”, ou seja, o direito que a pessoa tem de conhecer ou não o seu genoma, uma vez que o conhecimento do resultado dos testes genéticos – ou mesmo a não realização dos mesmos – pode levar a preocupações e ansiedades. A Resolução do Parlamento Europeu, aprovada em 16 de maio de 1989 (n.º 12), e a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina de 4 de abril de 1997 (n.º 2 do artigo 10.º) asseguram que as pessoas tenham ou não o direito de saber ou não a informação sobre a sua saúde¹⁹. Nessa linha de entendimento, também o ensinamento de Juan José Fernández Dominguez, que afirma ser mais frequente o desejo daquele que aspira a uma contratação que não queira conhecer e não queira dar conhecimento a terceiros – principalmente seu potencial empregador – o seu património genético, diante da possibilidade de que qualquer deficiência que venha a ser detetada possa reduzir de forma

¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 597. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

injustificada suas possibilidades de encontrar um emprego, sejam estas atuais ou futuras²⁰. Entretanto, este não é um direito absoluto, conforme será explanado.

A utilização de testes genéticos, a pretexto dos empregadores que precisam de os realizar, a fim de selecionar trabalhadores que tenham maior resistência a determinados riscos, não implicaria a possibilidade de utilizar estes testes pelos empregadores para, de forma perversa e criminosa, permitir que a utilização de agentes tóxicos fosse perpetuada selecionando os trabalhadores mais resistentes a estas substâncias, expondo-os a estes riscos e aumentando drasticamente a possibilidade de serem afetados por doenças graves²¹?

Júlio Gomes²² questiona o n.º 3 do artigo 13 da Lei n.º 12/2005 de Portugal²³, argumentando que se tal dispositivo vier a ser aplicado aos postulantes ao emprego, e não apenas aos empregados já contratados, “o candidato pode ter a sua situação ‘laboral’ posta em causa, já que o resultado do teste pode implicar que ele não é sequer contratado”.

Outro questionamento pertinente, também colocado por Júlio Gomes²⁴, diz respeito à obrigatoriedade de o candidato ao emprego comunicar ou não ao seu potencial empregador uma eventual predisposição genética a determinada doença. O autor entende que, em princípio, não haveria tal obrigatoriedade, porque esta predisposição pode não se traduzir em efetiva doença ou, até mesmo, “pode ser sempre incerto o momento em que a doença se manifestará” e, ainda mais, esta comunicação poderia prejudicar a oportunidade de contratação “por factores que o trabalhador não pode sequer controlar, contribuindo para a discriminação genética”. Sobre esta hipótese, conclui o doutrinador asseverando que este é um risco que deve ser assumido pelo empregador e que não pode ser transferido para o trabalhador.

As situações excepcionais também merecem ser investigadas e investigadas, no âmbito ético, de exigir ao trabalhador que tenha conhecimento de uma certa predisposição genética para a comunicar ao empregador, quando sabe que, devido a esta predisposição, não pode, com certeza ou grande probabilidade de certeza, realizar determinadas atividades que põem em perigo outros, como pilotos de aviões e autocarros, incluindo pilotos escolares.

²⁰ FERNÁNDEZ DOMINGUES, Juan José - **Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo**, p. 136. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 1999.

²¹ GOMES, Júlio Manuel Vieira - **Direito do Trabalho**. Relações individuais de trabalho, p. 347. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

²² GOMES, Júlio Manuel Vieira - **Direito do Trabalho**. Relações individuais de trabalho, p. 347-348. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

²³ Anexo I. Legislação. Portugal. Lei n.º 12/2005.

²⁴ GOMES, Júlio Manuel Vieira - **Direito do Trabalho**. Relações individuais de trabalho, p. 349-350. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Pode ver-se, portanto, que o material pesquisado, mesmo com delimitação temática, é complexo, e a essência da investigação não pode ser reduzida a uma resposta simples quanto à legalidade ou ilegalidade dos testes genéticos. Existem argumentos doutrinários a favor de uma autorização limitada, mas em situações excepcionais, em determinados sectores e no exercício de determinadas atividades de trabalho, aquelas que lidam diretamente com a segurança e a vida dos outros. Tudo isto na sequência da informação do artigo 17.º do Código do Trabalho português ²⁵.

Assim, de uma forma precisa e objetiva, tem sido que o problema central desta investigação é o seguinte: como garantir – através de mecanismos normativos e outras medidas, incluindo a natureza moral e económica – que as empresas e outras organizações não praticam a discriminação estrutural nas relações laborais, através da realização e utilização dos resultados dos testes genéticos – garantindo que os trabalhadores estão garantidos oportunidades de trabalho – e como inibir tais práticas, se surgir?

No final da investigação, atreve-se a apontar algumas alternativas, que podem servir de forma, de modo a preservar o direito fundamental à igualdade de oportunidades no trabalho, mesmo tendo em conta a possibilidade de testes genéticos nas relações laborais.

4 Estrutura e fundamentação teórica (Estado da Arte)

A estrutura da pesquisa está dividida em três Partes. A Parte I tratará dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos de Personalidade. A Parte II enfocará a dignidade da pessoa humana, bem como a vida privada e a intimidade dos trabalhadores. O núcleo da investigação reside na Parte III, com enfoque no Direito do Trabalho, no trabalho digno, na igualdade de oportunidades e não discriminação nas relações laborais e na possibilidade de utilização dos testes genéticos como fator de discriminação no trabalho.

As temáticas abordadas nos Capítulos que compõem as Partes I, II e III servirão de suporte para justificar as considerações finais desta investigação.

4.1 Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade (Parte I)

O Capítulo 1 (Direitos Humanos)) centrar-se-á nos antecedentes históricos destes Direitos, com abordagens alusivas às raízes dos primeiros avanços civilizacionais na

²⁵ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

Idade Média e Moderna, que foram realizados desde o início da Era Contemporânea, com a Revolução Francesa de 1789.

A Idade Média apresentava a Magna Carta do Rei John Landless (Inglaterra, 1215) e a influência da doutrina do Cristianismo. As teorias cristãs, especialmente as de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, que favoreceram o aspeto humanitário, plantaram uma semente que viria a germinar mais tarde. Assim, dois são os principais alicerces e pilares do Cristianismo para a evolução dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana e a fraternidade universal.

A Era Moderna colheu os frutos do que foi semeado na Idade Média, e produziu normas significativas destinadas a proteger os direitos humanos.

O Direito do Trabalho, na Era Contemporânea, no período entre a Revolução Francesa (1789) e a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UAD), obteve avanços significativos, incluindo com o reconhecimento expresso nas Constituições (inicialmente as Cartas do México, 1917, e Weimar, 1919) e nos regulamentos internacionais que constituíam marcos importantes e simbólicos destas conquistas e que elevaram *o estatuto de* direitos à categoria dos direitos fundamentais, colocando-os ao mesmo nível das liberdades individuais e dos direitos políticos. Estas conquistas atingiram legitimidade na comunidade internacional com a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, cujo objetivo é a promoção de parâmetros básicos nas relações laborais e no bem-estar social, que, através das suas Convenções, Recomendações e Assembleias, esteve também na origem de grandes avanços sociais envolvendo trabalhadores.

A génese e a evolução dos direitos humanos (no sentido estrito) começam com a promulgação pela ONU, em dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi o primeiro texto jurídico-internacional a apresentar um catálogo completo de direitos humanos, com o objetivo de especificar os fins programáticos contidos na referida Carta. No seu encaço, surgiram vários e significativos diplomas internacionais.

Por outro lado, os Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade são realizações éticas da civilização protegida nos sistemas jurídicos internacionais e nacionais, baseadas no princípio da dignidade humana, situado no ápice da pirâmide axiológica do direito.

O Capítulo 2 tratará dos Direitos Fundamentais.

A história destes direitos é também uma história de limitação do poder do Estado e tem génese na emergência do Estado Constitucional, cuja essência reside no reconhecimento e proteção da dignidade e dos direitos fundamentais das pessoas.

Existe o consenso de que as raízes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais residem na Constituição de Weimar (1919), mas os seus conceitos mais claros desviam-se da doutrina e jurisprudência do pós-Segunda Guerra Mundial, com a Lei Fundamental de Bona (1949). Dos horrores do Holocausto, os juristas alemães aprofundaram o estudo dos direitos humanos. Como consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana atingiu o ápice da pirâmide axiológica na ordem constitucional alemã.

O último tema do Capítulo 2 tratará do tema da inserção ou não do Direito do Trabalho entre os direitos sociais fundamentais. As questões serão abordadas na posição doutrinária da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (com efeitos vinculativos do Tratado de Lisboa) e das Constituições de Portugal e do Brasil.

O Capítulo 3 abordará o tema dos Direitos de Personalidade.

Na Grécia Antiga, podia-se falar de diferentes direitos de personalidade, uma perspetiva agora rejeitada, quer para a igualdade formal, quer para a igualdade substancial dos seres humanos. Esta situação mudaria, a partir da Idade Média, com a conceção cristã de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, portanto criatura como sendo digno, portador da personalidade. Assim, todos os seres humanos seriam detentores de direitos de personalidade.

A evolução dos direitos de personalidade após a Segunda Guerra Mundial ocorreu através de legislação positiva (regulamentos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) e jurisprudência (principalmente na Alemanha).

O último tema do Capítulo 3 vai ser o tema da análise dos direitos de personalidade na perspetiva do Direito do Trabalho, com especial ênfase nos sistemas jurídicos portugueses.

Sem ignorar ou diminuir a importância de outros direitos, os direitos à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra serão abordados nesta investigação, tendo em conta o cerne deste estudo, que se centra na possibilidade de realizar e utilizar os resultados dos testes genéticos nos trabalhadores.

4.2 Dignidade da pessoa humana, Vida Privada e intimidade (Parte II)

O capítulo 1 aborda o tema alrelacionado à dignidade da pessoa humana.

A ideia de igualdade essencial entre seres humanos surgiu no período axial (entre os séculos VII e XX a.C.), mas demorou vinte e cinco séculos para ser proclamada, através do preâmbulo da UDHR, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e

direitos”. A evolução desta concepção começou com o pensamento cristão do período medieval, segundo o qual, se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, possuindo santidade da vida e igualdade substancial, este homem foi guindado à centralidade do universo, de modo que uma agressão à sua dignidade é equiparada a um sacrilégio ao Criador. Assim, o ser humano tornou-se o maior valor que preside à lei.

Embora não exista um consenso doutrinário sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, é necessário tornar esta definição clara, incluindo para conter ameaças e violações da dignidade. O quadro de referência normativa está contido no artigo 1.º da UDHR, proclamando: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. A dignidade da pessoa humana não deve ser tratada como um direito, mas como princípio, como base de todos os direitos.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho, a nível internacional, a proteção da dignidade do trabalhador surgiu formalmente em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, através do Tratado de Versalhes, após a Primeira Guerra Mundial. Após este marco fundamental, outros documentos internacionais, constituições e legislação infraconstitucional seguiram o mesmo caminho, como será exposto no decurso desta investigação. As relações laborais, por serem relações de desigualdade, não podem dispensar esta proteção normativa. Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da consagração dos direitos sociais que também se destinam aos trabalhadores, incluindo a inscrita no artigo XXII, com a disposição expressa de “valores éticos, como a dignidade da pessoa humana, a dignificação do trabalho e a solidariedade universal fraterna”.

O respeito pela dignidade no mundo do trabalho não deve permear apenas os normativos. Deve ser efetuado de forma concreta, nas relações diárias de trabalho e deve ser medido pelas condições materiais e imateriais do trabalho medida no vínculo quotidiano entre os trabalhadores e os seus empregadores.

A vida privada e a intimidade serão objeto do Capítulo 2.

Quanto às origens e à evolução destes institutos, há que sublinhar que, entre os povos antigos, não houve a chamada independência privada. No entanto, no século XIII, São Tomás de Aquino, considerado o primeiro teórico do direito à intimidade, destacou-se pelo seu importante contributo, ao recomendar que, além de bens externos, existam “bens intrínsecos à pessoa humana”, entre eles a integridade corporal e a intimidade. incluindo

integridade corporal e intimidade. A Revolução Francesa acentuou ainda mais as diferenças entre o público e o privado. No entanto, o desafio de estabelecer a fronteira entre o público e o privado continua a persistir hoje.

No aspeto normativo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) foi um marco na internacionalização dos direitos fundamentais, incluindo o direito à intimidade e à vida privada.

Embora ligados e complementares, os direitos à intimidade e à vida privada são conceptualmente distintos e com características que permitem compreender esta diferença, porque a intimidade pertence a um círculo mais estreito, dentro da vida privada.

Discutirá também a proteção jurídica da privacidade no direito internacional, nas Américas, na Europa e, na legislação constitucional e infraconstitucional de Portugal e do Brasil, apontando as regras normativas que apoiam esta proteção, bem como algumas posições jurisprudência.

Neste contexto e no que diz respeito à proteção da intimidade do trabalhador e da vida privada, é da responsabilidade da Lei laboral desempenhar a sua dupla função: agir como um instrumento para garantir a proteção do trabalho, impondo limites à autonomia individual privada para proteger o trabalhador hipossuficiente e, o outro, oferecer ao empregador a possibilidade de gerir a sua organização, com a obtenção de lucros, mas impondo limites ao autoritarismo corporativo, na procura do equilíbrio desejado entre estes dois segmentos.

4.3 Direito do Trabalho, trabalho digno e discriminação. Os testes genéticos como fator de discriminação nas relações de trabalho (Parte III)

O capítulo I da Parte III examinará a legislação laboral e o direito a um trabalho digno.

Este estudo propõe uma teoria geral dos princípios internacionais ou universais do Direito do Trabalho, composta pelos princípios do trabalho digno (do qual todos os restantes emanaram), subsistência digna, integridade e desenvolvimento físico e psicossocial, igualdade de oportunidades e não discriminação, e o princípio da liberdade associativa e da negociação coletiva. Estes princípios são apoiados pelo conteúdo de vários regulamentos internacionais ligados a cada um deles.

Dada a magnitude do princípio da proteção e a reflexão direta que a sua insciência causa no foco central desta investigação, o tema sobre a erosão deste princípio em

Portugal merece particular enfoque, bem como o avanço da precariedade do trabalho no Brasil.

A erosão do princípio da proteção e da consequente precariedade do trabalho humano é uma das características da crise que assola o mundo do trabalho e do direito laboral, e estas características são motivadas pela crescente desconstrução de uma matriz comunitarista, com o ressurgimento de posições outrora liberais e agora ultraliberais, através do abandono dos valores éticos e morais, adoção, apenas, de postulações matemáticas e financeiras nas suas práticas.

Num Estado de Direito Democrático, cabe ao direito do trabalho uniformizar a proteção do trabalhador e encontrar formas de não permitir a fusão do trabalho, constituindo um dos aspetos dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética une os conceitos de dignidade, cidadania e justiça social. Por outras palavras, não basta ter trabalho – este trabalho tem de ser digno e inclusivo, porque uma das características das sociedades democráticas no mundo contemporâneo, nas principais economias capitalistas ocidentais, é a afirmação de um trabalho decente.

Como se percebe, a geração de "trabalho digno" é necessária como mecanismo de combate à pobreza, redução das desigualdades sociais, garantia da governação democrática e do desenvolvimento sustentável. Esta é também considerada uma prioridade política por vários governos, agências e entidades internacionais. O conceito de "trabalho digno", proposto pela OIT, encontra-se noutros organismos internacionais.

Por isso, se não é digno e decente trabalhar que exponha o trabalhador a condições degradantes e perigosas – sob os aspetos físicos ou psicológicos – também não é aquela em que o trabalhador tem ou terá a sua intimidade exposta, como é o caso dos testes genéticos aplicados ou destinados a serem aplicados, devido ao potencial tratamento discriminatório.

Quanto às perspetivas para o direito laboral nos tempos contemporâneos, é de salientar que a mudança do sistema capitalista de produção, que ocorreu nas últimas três décadas do século XX, causou um impacto significativo no mundo do trabalho e, consequentemente, no direito do trabalho, indicando tendências que viriam a concretizar-se desde o início do século XXI, transformando as esferas política, económica, social, cultural e o mundo do trabalho.

Um dos principais efeitos da globalização económica, para além de proporcionar a expansão das desigualdades, em relação aos chamados países periféricos ou em desenvolvimento, é o ataque aos direitos sociais que, no caso do direito laboral, se

materializa na desregulamentação ou flexibilização dos direitos dos trabalhadores, fruto da conquista centenária. Estas práticas mercantis tornaram-se um dos componentes responsáveis pelas crises económicas e sociais acentuadas e repetidas nos países que abraçam esta ideia.

A igualdade de oportunidades e a não discriminação serão objeto do capítulo 2.

Os humanos não são um grupo homogéneo e idêntico. São diferentes umas das outras, e estas diferenças não devem ser um fator de inferioridade, mas sim reconhecidas e valorizadas. Assim, a igualdade reside no tratamento equitativo que deve ser dado a todos os seres humanos, proporcionalmente a estas diferenças. Só assim haverá a superação do conceito formal de igualdade que prevaleceu no Estado Liberal e que gerou profundas injustiças, exploração e total ausência de fraternidade, e se tornou um critério de exclusão social.

O Estado de Direito Constitucional e Democrático, que tem como maior regra a dignidade do ser humano, exige uma igualdade sob o enviesamento material que, no fundo, significa dar tratamento diferenciado a situações concretas e diferentes, a fim de evitar o aprofundamento das desigualdades existentes na sociedade. Por esta razão, o respeito pelo direito fundamental à igualdade de oportunidades implica, enquanto corolário, a proibição da discriminação.

Se, por um lado, o princípio da igualdade cria o dever de agir de uma determinada forma, o princípio da não discriminação pressupõe uma ideia proibitiva, no que diz respeito à diferenciação de factos típicos iguais, desde que não exista uma razão lógica para este tratamento desigual. A combinação, de ambos os princípios, gera uma forma de verdadeira igualdade, na procura da eliminação das desigualdades económicas, sociais e culturais.

Assim, no mundo globalizado contemporâneo, as ameaças e violações da igualdade de oportunidades nas relações laborais são comuns, através das mais variadas ações invasoras praticadas pelos empregadores no domínio da vida privada e da intimidade dos trabalhadores. E, na maior parte das vezes, os interesses económicos são a força motriz por detrás da discriminação.

A proteção da igualdade e da não discriminação em Portugal e no Brasil será também objeto de análise, terminando este Capítulo, com enfoque nos sistemas jurídicos constitucionais e infraconstitucionais, bem como na doutrina.

O capítulo 3 tratará do tema da discriminação no mundo do trabalho.

A preocupação dos Estados, dos organismos públicos e privados, bem como das entidades internacionais, em especial da Organização Internacional do Trabalho, será

abordada na procura de superar as desigualdades existentes e, conseqüentemente, na garantia da igualdade e da não discriminação no domínio do trabalho. Neste contexto, foram elaborados diversos documentos internacionais e regionais para a proteção destes direitos. A OIT, por exemplo, emitiu vários regulamentos desde a Declaração de Filadélfia, em 1944, que garante aos seres humanos as mesmas oportunidades, o direito à igualdade de oportunidades.

O quadro regulamentar da União Europeia (Tratados, Diretivas e outros documentos) abrange a aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação de várias formas, incluindo a proteção contra a discriminação genética.

Quanto à proteção regulamentar do direito português, deve ser salientado o princípio constitucional da não discriminação (artigo 13.º da RPC) e outros princípios derivados, tais como a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego e à carreira e à igualdade de tratamento e salário durante o contrato (n.º 2 do artigo 47.º). 58,2, *b* e 59,1, bem como outras disposições constitucionais a tratar em devido tempo. No plano de infraconstitucionais, existe uma variedade de legislação e resoluções do Conselho de Ministros que tratam da questão. Sublinhe-se que o Código do Trabalho português (artigos 23.º a 32.º), descreve os fatores que resultam na discriminação, face ao património genético (n.º 1 do artigo 24.º), proibindo o empregador da prática de qualquer um destes fatores, tornando-os inválidos e classificando-os como uma violação muito grave (artigo 25.º, n.º, 7.º e 8.º).

Na proteção normativa da lei brasileira, embora a Constituição da República veja qualquer tipo de discriminação, incluindo com disposição para punição (artigos 3.º, IV; 4, VIII; 5, I, XLI e XLII), não concebe a discriminação. No entanto, os seus princípios reforçam as disposições infraconstitucionais de tais normas, elevando várias delas para o *estatuto constitucional*. Especificamente na área de trabalho, o artigo 7º ponto III, XXI e XXX tratam desta proteção. Na esfera infraconstitucional, a Consolidação das Leis laborais e outras leis escassas tratam do assunto e serão abordadas no texto desta Tese.

Embora não haja consenso na literatura especializada sobre o conceito de responsabilidade social corporativa, ela é configurada quando a empresa se alinha com a sociedade para além das relações comerciais, compatibilizando os seus objetivos com a preservação ambiental, inclusão social e desenvolvimento humano, incluindo nas relações laborais.

Sublinhe-se que a prática da responsabilidade social e ambiental das empresas deve ter em conta a promoção da igualdade de oportunidades no trabalho, incluindo a não discriminação dos seus trabalhadores por qualquer motivo, incluindo razões genéticas.

O Genoma Humano é o tema do Capítulo 4.

Deve registrar-se que o presente capítulo não irá estudar aprofundadamente este tema, mas sim abordagens básicas, análises essenciais e pertinentes do genoma humano destinadas à possibilidade de utilização de testes genéticos nas relações laborais e às suas consequências éticas e jurídicas, para os trabalhadores e empregadores.

O genoma humano é o conjunto de genes que compõem cada pessoa viva, representando a sua identidade biológica e os personagens que o organismo humano pode expressar. O património genético vai mais longe, porque expressa, para além dos componentes físicos e psíquicos, também os traços culturais herdados de um ancestral remoto, sofrendo mutações ao longo das gerações, e, em conjunto com fatores ambientais e em permanente processo de interação, torna-se a nossa identidade.

O Projeto Genoma Humano espalhou-se por todo o mundo, notificado nos Estados Unidos da América, Japão e União Europeia. O Brasil faz parte deste consórcio internacional desde 1997. O progresso tecnológico e científico vivido pela genética despertou interesses económicos, financeiros e comerciais, mas é também, para grande parte, um perigo para valores e direitos fundamentais.

Por conseguinte, a lei não pode ignorar ou permanecer indiferente às novas conquistas científicas que põem em causa não só os direitos fundamentais da pessoa, mas também a própria essência genómica da espécie humana. No entanto, tendo em conta os aspetos bioéticos, filosóficos e religiosos a abordar – que permeiam a questão e a partir dos quais a necessária compatibilidade do avanço científico com respeito pela dignidade da pessoa humana e a igualdade de oportunidades e não discriminação – pergunta: considerando a possibilidade de realizar testes genéticos preditivos ou durante a relação de trabalho, os seus resultados devem ser divulgados? Existe direito à privacidade genética? Se a resposta for positiva, a que limite? Há apoio legal para isso? Estas e outras questões serão objeto de análise nesta investigação.

Ao contrário de Portugal, o Brasil ainda não tem regulamentos específicos sobre terapia genética, uma questão que, como se pode ver, exige atenção urgente. Neste contexto, vamos focar-nos no tema que envolve a nova eugenia e a discriminação genómica que se passa.

A vasta literatura especializada baseia-se no uso de diagnósticos genéticos preditivos que podem também dar lugar a um novo grupo de indivíduos, classificados como uma razão para a sua história genética. Destaque-se o que significa que, embora se verifiquem meros resultados potenciais, as probabilidades de haver desenvolvimento de uma desordem

genética, não é duvidar que este potencial seja suficiente para delinear na temida discriminação genética negativa, ou seja, que seja capaz de estigmatizar não só o indivíduo genótipo, mas também os seus ascendentes e descendentes.

Assim, a discriminação genómica é entendida como um tratamento desigual e ilegal, conferido a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, face à predisposição ou manifestação de uma determinada doença de origem genética ou hereditária que possa resultar da informação genética desse indivíduo ou indiretamente dos seus familiares.

A possibilidade de utilizar os testes genéticos e a consequente discriminação laboral será examinada no capítulo 5.

Organizações internacionais e regionais, bem como vários países, editaram regulamentos, aplicáveis direta ou indiretamente nas relações laborais. As leis de alguns países serão examinadas, incluindo os Estados Unidos, Portugal e Brasil, bem como a Alemanha, Argentina, Áustria, Espanha, França, Suécia e Suíça.

No Brasil, não existe uma regulamentação específica sobre o assunto, embora existam vários projetos de lei a nível federal que lidam com este tema. É necessário aplicar a teoria do diálogo de fontes, utilizada como método de interpretação jurídica, bem como a interpretação sistémica dos princípios e dispositivos constitucionais e das normas infraconstitucionais, a fim de perguntar sobre a possibilidade de colmatar esta lacuna e pode ser deduzida se existe, implicitamente, a promoção da proteção do património genético, tendo como pilar fundamental a dignidade humana, que é utilizado o direito à saúde, o direito ao livre exercício do trabalho ou da profissão (artigos 196.º e 5.º, inc. Século XVIII, CRFB). Nesta pesquisa, algumas normas de infração brasileiras que apoiam esta afirmação serão focadas. Sublinhe-se que a jurisprudência também não trata diretamente do assunto.

A doutrina classifica os testes preditivos, no contexto da relação de trabalho, na monitorização genética e na seleção genética. O acompanhamento destina-se a avaliar a emergência ou a redução das doenças causadas por mutações genéticas relacionadas com o ambiente de trabalho e interessa à saúde do trabalhador e ao dever do empregador e da sociedade promovê-la. Por conseguinte, o controlo só se justifica em benefício da saúde dos trabalhadores, isto é, devido à necessidade imperiosa de proteger a saúde e a segurança de terceiros.

Por sua vez, a seleção visa identificar características hereditárias de trabalhadores ou candidatos a emprego. Apesar dos benefícios que os testes genéticos podem proporcionar e mesmo que prevemos a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais no contexto das relações de trabalho, a premissa de que, com exceções limitadas, a análise genética implica

um sério risco de violação dos direitos fundamentais do trabalhador, a parte mais fraca, não pode ser desviada, sem dúvida, destas relações, constituindo um grande perigo, numa sociedade muito competitiva, de se tornar um critério de hierarquia e exclusão social.

Acima de qualquer interesse económico está o direito sagrado de cada ser humano de preservar e manter a sua identidade biológica e património genético, apesar de todos os avanços tecnológicos. Os limites da dignidade da pessoa humana, em qualquer área, incluindo nas relações laborais, não podem ser ultrapassados.

5 Metodologia

O problema é o ponto de partida da investigação científica. A hipótese, o ponto a que se pretende chegar (ainda que provisoriamente), e a metodologia é o caminho a percorrer entre os pontos de partida e de chegada. No entanto, ao percorrer este caminho, pode descobrir-se que é possível que ele conduza o investigador a outro ponto de chegada, diferente daquele idealizado. Por isso, é sublinhado que a metodologia “não pode ser tomada como algo santo, inalterável e intangível. Pelo contrário, é de sua própria essência o carácter de tentativa”²⁶.

O grande desafio de uma investigação científica é responder às perguntas: como pesquisar ou como procurar? Que caminhos se deve seguir? Como superar obstáculos?

Assim é a execução da metodologia de uma investigação científica, que vem, todos os dias, no caminho, com novos e diferentes desafios. Tens a compreensão exata do número infinito deles. São obstáculos a ultrapassar, através da inspiração, da transpiração intelectual e da persistência.

A compreensão exata do princípio da igualdade de oportunidades nas relações laborais é complexa face à competitividade e à tecnologia no mundo globalizado contemporâneo. Neste percurso metodológico, procurámos, no contexto jurídico, percorrer os caminhos das normas inspiradas em aspetos civilizantes, em que prevalecem os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores sobre as atuais exigências impostas pelas novas tecnologias e pelo mercado de trabalho.

A principal fonte desta pesquisa foi a bibliográfica. De acordo com o entendimento de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, a investigação bibliográfica deve ser entendida como “um apanhado geral sobre os principais trabalhos já

²⁶ GALUPPO, Marcelo Campos - **Da ideia à defesa**: monografias e teses jurídicas. 2.^a ed. atualizada, p. 109. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

realizados, revestidos de importância”²⁷. Assim, o material foi investigado e recolhido em literatura especializada, destinado a servir de base ao conteúdo do enquadramento teórico desta tese, e consultámos livros, revistas e artigos científicos, anais de congressos e textos académicos (teses de doutoramento, *papers*, dissertações de mestrado, entre outros).

Foram também examinados vários textos normativos e documentos de organizações nacionais e internacionais, bem como pesquisas de campo, através de entrevistas com outros investigadores, representantes de entidades e organizações (internacionais e nacionais), colaboradores e empregadores, direta ou indiretamente relacionadas com o objeto da investigação.

Por último, vale a pena referir o cumprimento de todas as fases da investigação, com a avaliação e observância das recomendações do júri e o parecer positivo do Comité Científico, bem como a aprovação pelo Conselho Científico (Resolução n.º 394/2018, de 23 de maio de 2018) e o registo do Projeto de Tese (artigo 34.º, N.º 4, do Regulamento Geral de Mestrado e Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Regulamento n.º 90, de 6 de março de 2014, perante o RENATES - Registo Nacional de Teses e Dissertações (TID 101579870), a 8 de junho de 2018. Por isso, esta Tese, que recebeu as orientações da Professora e Conselheira, está a ser apresentada dentro do prazo fixado pela Universidade Luís de Camões.

²⁷ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade - **Fundamentos de metodologia científica**. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 158.

PARTE I – Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade

Capítulo 1 – Direitos Humanos

1.1 Antecedentes históricos

Note-se que os factos históricos apontados neste tema não são exaustivos. Trata-se de uma mera lista de exemplos, com indicação desses factos mais relevantes para a contextualização do objeto desta investigação, de conteúdo maioritariamente legal. É importante sublinhar que não há como negar o património das antigas civilizações “que apesar de não conhecerem a técnica do limite do poder pela lei, de algum modo e na medida permitida pelas formas rudimentares de instituições sociais, bem como pelo costume, privilegiaram a pessoa humana”²⁸. Pode-se, portanto, ver que a chama da igualdade entre seres humanos tem crepitação há mais de 4.000 anos.

1.1.1 Idade Antiga

O período da história humana desde o aparecimento da escrita até à queda do Império Romano Ocidental (476 d.C.), chamado de Idade Antiga, contemplava a primeira era dos direitos inerentes aos seres humanos.²⁹

Neste período, destaca-se o Código da Hamurábi (por volta do ano de 1700 a.C.), a *Torá* (que significa lei), cuja autoria foi atribuída a Moisés (1200 a.C.), com conteúdo de regras morais, sociais e religiosas que devem ser observadas pelo povo hebraico e pelo Cilindro De Cyrus (editado entre os anos 538 a.C.). Este antigo registo, traduzido nas seis línguas oficiais das Nações Unidas, é considerado como a primeira carta mundial dos direitos

²⁸ TAIAR, Rogério. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, p.132. [Em linha]. USP – Biblioteca Digital. Tese de Doutoramento. 2009. [Consult. 21 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>.

²⁹ Samuel Noah Kramer (falecido Professor da Universidade da Filadélfia-PA-USA, assiriólogo e um dos maiores especialistas sobre assuntos da Suméria) ensina que os sumérios, habitantes primitivos da Mesopotâmia, não obstante seus pensadores externarem uma visão pessimista sobre os homens e o destino da humanidade, revelaram, em suas crônicas, que essa civilização apreciava a bondade, a verdade, a ordem, a justiça, a liberdade, a retidão, a franqueza, a piedade e a compaixão. Ao contrário, repudiavam a mentira, a anarquia e a desordem, a injustiça e a opressão, as ações perversas, a crueldade e a insensibilidade. Os seus Reis destacavam que, em suas cidades e no país, impunham a ordem, protegiam os fracos contra os fortes e os pobres contra os ricos, exterminavam o mal e buscavam a paz. Inegáveis que esses valores, proclamados há mais de 5.000 anos, continuam a permear os normativos dos Direitos Humanos da contemporaneidade. (In KRAMER, Samuel Noah - **La historia empieza en Sumer**. Traducción del inglés: Jaime Elías. Barcelona: ediciones ORBIS, S.A., 1985. p. 89.)

humanos e as suas disposições são paralelas aos primeiros quatro artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁰.

A Lei das Doze Tábuas também deve ser mencionada. Durante o ano de 451 a.C., elaborou-se um Código em 10 tábuas. No ano seguinte (450 a.C.), mais duas tábuas foram redigidas. Daí a denominação de Lei das XII Tábuas³¹. Estima-se que esta lei vigeu até a morte do Imperador Justiniano (565 d.C.).

1.1.2 Idade Média

Jorge Miranda³² leciona que o antecedente básico dos direitos humanos é comumente apontado como originário da doutrina do cristianismo, com ênfase especial para a escolástica³³ e para a filosofia de Santo Tomás de Aquino. Isso porque a concepção da criação humana à imagem e semelhança de Deus outorga aos homens e às mulheres “um alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza” e anima “a ideia de que eles dispõem de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política”. Fundado na concepção do homem como criatura feita à imagem e semelhança de Deus e dotado de especiais qualidades, Santo Tomás defendia um direito natural e afirmava que este “direito subordinava o direito positivo, e a discrepância entre um e outro autorizaria o direito de resistência do súdito”³⁴.

³⁰ UNITED FOR HUMAN RIGHTS. **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

³¹ Leciona Moreira Alves que a integralidade do conteúdo dessa lei não chegou até os nossos dias, pois apenas alguns fragmentos foram transcritos por autores literários e juristas. Portanto, a Lei das XII Tábuas não era um Código como os modernos, que tratam de um determinado ramo do Direito, mas uma lei geral que continha dispositivos de direito público e de direito privado e dedicava especial cuidado à agricultura, o que era compatível com a civilização da época. (In ALVES, José Carlos Moreira - **Direito Romano**. 15.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 25-28.)

³² MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**, p. 17. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

³³ Embora os tratados de Aristóteles constituíram os fundamentos do pensamento filosófico e científico da Idade Média e da Renascença, os filósofos cristãos não os usavam como base de suas pesquisas, mas, em vez disso, os avaliavam a partir da perspectiva da teologia cristã. Essa prática – de combinar filosofia, inclusive filosofia natural – com teologia tornou-se conhecida como escolástica. (In CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi - **A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Tradução de Mayra Teruya Eichemberg; Newton Roberval Eichemberg. Título original: *The systems view of life*. São Paulo: Cultrix, 2014, p. 29).

³⁴ Ressalta e reforça essa concepção o magistério de Diogo Leite de Campos, ao destacar que, para o cristianismo, o cristão é um indivíduo em relação com Deus, e deste princípio brota o resultado do valor infinito da pessoa, feita à imagem e à semelhança de Deus, isso porque “só é possível a comunicação entre ‘iguais’”. É essa inter-relação entre o humano e o divino que faz o homem semelhante a Deus e o torna “o Senhor da natureza e da História, do Direito, da sociedade, da cidade”. Ensina ainda o referido doutrinador luso que o cristianismo introduziu uma antropologia aberta em que os seres humanos reconhecem um ao outro por meio de Deus, “e reconhecem os direitos do eu e do outro”. Nessa aliança com o Eterno, o homem “é artífice do seu

Assim, entre os filósofos do cristianismo, destacam-se Santo Agostinho³⁵ e Santo Tomás de Aquino³⁶.

Assinada pelo Rei da Inglaterra, popularmente conhecido como “João Sem Terra”, em 15 de junho de 1215, a Magna Carta ou a Grande Carta foi uma das influências mais significativas no amplo processo histórico que conduziu às atuais normas constitucionais do mundo anglófono. Estabeleceram-se também o princípio do devido processo e o da igualdade perante a lei.³⁷ Posteriormente a Magna Carta e, ainda na Idade Média, outros documentos similares foram editados³⁸.

Os documentos produzidos na Idade Média constituíram um ponto de partida fundamental para uma evolução que viria nos séculos seguintes, com a instituição do direito constitucional moderno e a positiva de um direito que limitava o poder do soberano e, ao mesmo tempo, consagrava o reconhecimento dos direitos intocáveis das pessoas, que tornaram estes direitos “os primeiros marcos miliários na evolução que levou ao

próprio destino em comunhão com os outros, capaz de amar e ser amado, num verdadeiro êxodo de si próprio sem possibilidade de regresso, em total abertura de seu espaço aos outros”. (In CAMPOS, Diogo Leite de - **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**, p. 26-29. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.)

³⁵ Entre os muitos tópicos nos quais trabalhou, explorou a questão da liberdade humana, na forma do livre arbítrio, defendendo que a Graça Divina seria o elemento garantidor da liberdade. (In MACIEL, Willyans. **Santo Agostinho**. [Em linha]. INFO ESCOLA. [Consult. 26 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.infoescola.com/biografias/santo-agostinho/>).

³⁶ Segundo Luzia Gomes da Silva, “Santo Tomás de Aquino (1224-1274 d.C.), figura dominante do pensamento ético, filosófico e teológico na Idade Média, desenvolveu a chamada ‘ética filosófica tomista’, que enfatiza o desejo natural dos seres humanos pelo bem perfeito, que se encontra em Deus, como seu último fim, supremo objetivo, para o qual todos os bons atos morais realizados pelos indivíduos se dirigem e são regidos em conformidade com a razão humana. Essas virtudes que podem ser compartilhadas por todos os seres humanos devido ao seu *status* de seres racionais foram organizadas por Santo Tomás de Aquino em quatro categorias: prudência (*prudencia*): a prática da sabedoria racional; justiça (*justitia*): desejar e fazer o bem a outras pessoas; força (*fortitudo*): coragem ao encarar os problemas; temperança (*temperantia*): moderação das emoções”. (In SILVA, Luzia Gomes da - **A evolução dos Direitos Humanos**. Conteúdo Jurídico. [Em linha]. [Consult. 20 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-dos-direitos-humanos,42785.html>).

³⁷ UNITED FOR HUMAN RIGHTS. **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

³⁸ Os princípios insertos na *Magna Cartha Libertatum* aparecem também na *Bula Aurea* de André II da Hungria, datada de 1222, em vigor até 1687, a qual determinava, em seu artigo 31, que, “em caso de violação das suas disposições por parte do rei, os súditos teriam o direito de resistir e contradizer, sem que tal atitude fosse considerada como infidelidade”. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional de caráter realmente revolucionário; nos “Privilégios Gerais” (Pedro III, em 1283, no Reino de Aragão); na “Carta das Liberdades”, de 1253; nas “Leis de Leão de Castela”, de 1256; no “Código de Magnus Erikson”, de 1350, segundo o qual o Rei devia jurar lealdade e prometer ser justo com seus súditos, não podendo privar ninguém da vida, de sua integridade física e de seus bens, independente da classe social à qual pertence, sem o devido processo legal formal e material. (In SODER, José - **Direitos do homem**, p. 51. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960. SILVA, Luzia Gomes da - **A evolução dos Direitos Humanos**. Conteúdo Jurídico. [Em linha]. [Consult. 20 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-dos-direitos-humanos,42785.html>).

reconhecimento legal dos direitos do homem por parte do Estado e à garantia destes direitos em forma constitucional escrita”³⁹.

1.1.3 Idade Moderna

Os principais normativos que se referem aos direitos das pessoas e que foram editados durante a Idade Moderna (período compreendido entre o ano de 1453 – com a queda de Constantinopla, cuja tomada pelos turcos acarretou o fim do Império Romano do Oriente) – e o ano de 1789, quando ocorreu a Revolução Francesa), segundo pesquisa histórica realizada por Luzia Gomes da Silva⁴⁰, foram a Petição de Direito (*Petition of Right*), de 1628, elaborada na Inglaterra por Lord Edward Coke e dirigida ao Rei; a Lei do *Habeas Corpus* (*Habeas Corpus Amendment Act*), de 1679; a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*),⁴¹ de 1689, que decorreu da Revolução Gloriosa, que aconteceu na Inglaterra entre 1688 e 1689; o ato de fundação (*Act of Seattlemente*), de 12 de junho de 1701; a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia – USA, de 12 de junho de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, conhecida como “Declaração da Filadélfia”; e a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada em 17 de setembro de 1787.

A declaração de independência dos EUA, de 4 de julho de 1776, também conhecida como Declaração da Filadélfia, resulta da luta das colônias americanas contra o absolutismo reinante à época e do desenvolvimento das ideias democráticas.

A Idade Moderna colheu os frutos semeados na Idade Média e produziu significativos normativos destinados à proteção dos direitos humanos.

Em relação a Portugal, é relevante a abordagem sobre as reformas no Estado português que se pretendia realizar no chamado período Pombalino (1750-1777), por Sebastião José de Carvalho Melo, Conde de Oeiras e Marquês de Pombal, Primeiro-Ministro de D. José I, Rei de Portugal. Na altura, o desenvolvimento humano começou a ser visto

³⁹ SODER, José - **Direitos do homem**, p. 52. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

⁴⁰ SILVA, Luzia Gomes da - **A evolução dos Direitos Humanos**. Conteúdo Jurídico. [Em linha]. [Consult. 20 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-dos-direitos-humanos,42785.html>.

⁴¹ Quanto à importância histórica, Fábio Konder Comparato ressalta que, embora não tenha sido uma declaração de direitos humanos, nos moldes que seriam os normativos aprovados cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* institucionalizou a separação dos poderes (inspirando Montesquieu meio século depois) e criou “uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”. Ademais, “contrariando o esquema marxista de interpretação histórica”, pode-se afirmar que na Grã-Bretanha a revolução política criou condições para a revolução industrial no século seguinte, pois “as relações sociais precederam e tornaram possível a transformação das forças produtivas”. (In COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 78-80. São Paulo: Saraiva, 1999).

como um processo histórico e diferenciador de estágio entre os povos. A ideia de “nação civilizada” tornou-se o padrão de comparação e referência para a análise das sociedades, dividindo-as entre civilização e barbárie. As reformas pombalinas enfrentaram dois aspectos: a rejeição da realidade vivida e o ideal a ser conquistado. Portugal era visto pelos outros países da Europa como um país “vítima de uma decadência crônica que se estendia no âmbito moral, intelectual religioso e econômico” e, portanto, distante do mundo revigorado pelas luzes do conhecimento.⁴²

Pombal ideou formar um povo culto e operoso num projeto modernizador promovido pelo Estado e que fosse livre de preconceitos religiosos e fanatismos, tornando a nação portuguesa tão competitiva quanto os demais países europeus, permitindo a quebra dos laços representados pela subserviência aos ingleses. No entanto, houve uma enorme refração entre os objetivos idealizados e os resultados alcançados. As ideias pombalinas não conseguiram equilibrar a multiplicidade de interesses envolvidos, o que possibilitou afirmar a supremacia dos interesses do Estado sobre os interesses da sociedade. Nem a ideia de promover a modernização e unificação do conhecimento, mantendo o poder de controle do Estado sobre as mentes, mantendo a censura rígida que lutou, que comprometeu os objetivos propostos e não permitiu que Portugal se reabilitasse perante os países vizinhos.⁴³

1.1.4 Idade Contemporânea

Em 1789, o povo francês extinguiu a monarquia absoluta através de uma revolução, e estabeleceu a primeira República Francesa. A Assembleia Constituinte Nacional emitiu a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos Humanos e dos Cidadãos), que concedeu liberdades específicas contra a opressão como expressão da vontade geral do povo, que foi o primeiro passo para uma constituição da República de França.

Também assinalando as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA – a Declaração Americana dos Direitos dos Cidadãos – entraram em vigor em 15 de dezembro de

⁴² CARVALHO, Lígia Maria de – Os pressupostos ideológicos das reformas pombalinas do Estado português (1750-1777). Mestrado (Dissertação). [Em linha]. [Consult. 27 Jun. 2022]. Universidade Federal de Goiás, 2003. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/CARVALHO_L_gia_Maria_de.pdf.

⁴³ CARVALHO, Lígia Maria de – Os pressupostos ideológicos das reformas pombalinas do Estado português (1750-1777). Mestrado (Dissertação). [Em linha]. [Consult. 27 Jun. 2022]. Universidade Federal de Goiás, 2003. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/CARVALHO_L_gia_Maria_de.pdf.

1791, para limitar os poderes do Governo Federal e proteger os direitos de todos os cidadãos, residentes e visitantes em território americano.

Na primeira metade do século XX, algumas normas internacionais desempenharam um papel fundamental na instituição formal da gênese dos direitos humanos, com a concepção contemporânea. A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, teve como fonte ideológica a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu na última parte do século XIX em toda a Europa, especialmente na Rússia, na Espanha e na Itália. Foi a primeira Constituição a qualificar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, em conjunto com as liberdades individuais e os direitos políticos, estabelecendo, ainda o princípio da igualdade substancial entre trabalhadores e empresários, criando “a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, inclusive e fortemente, no Brasil”⁴⁴.

Comentando a importância das Cartas Políticas da Venezuela ⁴⁵ e do México, embriões do constitucionalismo social, Paulo Bonavides⁴⁶ salientou que o constitucionalismo social – “aquele que nas relações do indivíduo com o Estado e vice-versa faz preponderar sempre o interesse da sociedade, o bem público” – teve como berço estas duas Constituições. No entanto, nos chamados países do primeiro mundo, essas duas grandes Cartas, “monumentos do nosso passado constitucional”, ficaram esquecidas por inumeráveis publicistas e autores de nomeada, que preferem citar apenas a Constituição de Weimar, de 1919, editada dois anos após a Carta mexicana (de 1917). Prossegue o citado autor em sua crítica, aduzindo que a doutrina homenageia e cita com frequência a Constituição de Cádiz⁴⁷,

⁴⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto - **Questiones Constitucionales**. Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos Direitos Sociais no Brasil. [Em linha]. SCIENCE DIRECT. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300283#bi0010>.

⁴⁵ Antecedeu a Constituição mexicana de 1917 a denominada “Carta Bolivariana”, de 1811. O constituinte de 1811 inseriu uma ideia revolucionária própria, inspirada nas doutrinas nascentes do socialismo utópico e segundo as quais “os governos foram instituídos para o bem e a felicidade dos homens e da sociedade”. No entanto, essa ideia na prática manteve a escravidão e o sistema de castas, em contradição com os mesmos fatores de poder social e político, cujos membros mais ilustres foram os autores da Carta. Após o seu exílio em Cartagena no final de 1812, Simón Bolívar falaria das “repúblicas aéreas” em referência à falta de conexão da dita Magna Carta com a realidade. (In VENEZUELA. Gobierno Bolivariano de Venezuela. **Congreso de 1811 aprobó primera Constitución de Venezuela**. [Em linha]. [Consult 30 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.leyresorte.gob.ve/2016/12/congreso-de-1811-aprobo-primera-constitucion-de-venezuela/>.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo - **Constitucionalismo social e democracia participativa**, p. 4-5. [Em linha]. SCRIBD. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/269304886/Constitucionalismo-Social-Paulo-Bonavides>.

⁴⁷ “A Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, é um documento importante, não só por sua grande relevância para a história da Espanha, mas também por ser o testemunho de um momento de transição, quando novas conquistas, em termos de direitos fundamentais da pessoa humana e direitos dos povos, foram consagrados num conjunto normativo que, ao mesmo tempo em que afirmava a independência do Estado e sua soberania, estabelecia as regras para a legitimidade do governo, sua organização e suas limitações, consagrava

deferindo-lhe o galardão precursor, quando seria mais justo outorgá-lo à Carta venezuelana (de 1811), promulgada no ano anterior. Assim, “num paralelo comparativo, em matéria de constitucionalismo primogénito, a Constituição da Venezuela esteve para a de Cádiz assim como a do México para a de Weimar”.

A Constituição de Weimar, que instituiu a Primeira República alemã, fruto do Pós-Primeira Guerra Mundial, foi promulgada em 1919, período conturbado em que a sociedade alemã, desestabilizada pela derrota na guerra, procurou sua reconstrução, enfrentando profundas dificuldades face aos diversos compromissos impostos pelos países vitoriosos mediante o Tratado de Versalhes, que foi assinado em 28 de junho de 1919.

Criada logo após o término da Primeira Guerra Mundial, por meio do Tratado de Versalhes, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como objetivo a promoção de parâmetros básicos nas relações laborais e de bem-estar social. Flávia Piovesan⁴⁸ ressalta que a OIT, ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, “também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos”, estabelecendo parâmetros mínimos para as relações de trabalho no plano mundial⁴⁹.

Em abril de 1945, delegados de cinquenta países reuniram-se em San Francisco, na Califórnia – USA, cheios de otimismo e esperança. O objetivo da Conferência das Nações Unidas na Organização Internacional era formar um corpo internacional para promover a paz e prevenir futuras guerras. As Nações Unidas foram então criadas, com a missão fundamental de proteger e promover a paz⁵⁰.

um conjunto de direitos que nem a lei, nem os governos poderiam afrontar. Constituiu avanço do constitucionalismo e influenciou para que outros povos, especialmente os dos antigos territórios coloniais espanhóis, buscassem na Constituição a consagração de sua independência e soberania e a afirmação e proteção dos direitos fundamentais das pessoas. A Constituição espanhola de 1812 foi extraordinariamente importante para a sua época e exerceu influência em muitas Constituições feitas a partir de então.” (In DALLARI, Dalmo de Abreu - **La Constitución de Cádiz: valor histórico y actual**. *REB. Revista de Estudios Brasileños*. [Em linha]. Segundo Semestre 2014. Vol. 1, n.º 1, p 81-96. [Consult. 3 Mai. 2018]. Disponível em <https://reb.universia.net/article/download/6/6>).

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 179-180. 13.ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁹ Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt aduz que a Constituição da OIT, seu principal diploma jurídico, no preâmbulo revela seus traços característicos e deixa claro o temor com relação aos efeitos sociais da acirrada concorrência internacional. Referido dispositivo é explícito: “A não adoção, por uma nação qualquer, de um regime de trabalho realmente humano constitui obstáculo aos esforços de outras nações que desejam melhorar a vida dos trabalhadores em seus próprios países”. Afirma ainda a autora que a OIT está na origem dos grandes progressos sociais que envolvem os trabalhadores, como a jornada de 8 horas de trabalho, a proteção da maternidade e do trabalho do adolescente, a segurança dos trabalhadores e a harmonização das relações profissionais, entre outros. (In SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça - **Breves anotações sobre as Convenções Fundamentais da OIT**. In LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs). **Direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes homenagem ao Professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005, p. 94 – 95).

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 203-204. São Paulo: Saraiva, 1999.

Os avanços acima mencionados alcançaram legitimidade na comunidade internacional com a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 (que integra e antecede a criação da ONU), cujo objetivo é a promoção de parâmetros básicos nas relações laborais e de bem-estar social. Através de suas Convenções e Assembleias, esteve na origem dos grandes progressos sociais em relação aos trabalhadores e tem estado na vanguarda da defesa e do avanço desses direitos.

1.2 Gênese e evolução: a Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus reflexos no século XXI

Ao discutir os antecedentes imediatos da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, André Ramos Tavares destaca o contexto pós-guerra desse documento, que surgiu como uma resposta ao nacional-socialismo e a todas as atrocidades que antecederam e ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial, quando a comunidade internacional chegou ao consenso de que era necessário salvaguardar os direitos humanos e de que a proteção a esses direitos não deveria recair apenas sobre os Estados. Em 1945, a Carta das Nações Unidas contemplou como um dos seus objetivos fundamentais, o respeito aos direitos humanos. A DUDH, primeiro texto jurídico-internacional que apresentou um catálogo completo dos direitos humanos, surgiu nesse contexto, destinada à especificação dos fins programáticos contidos na referida Carta⁵¹.

Em 1948, a nova Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, presidida pela viúva do Presidente dos EUA (Franklin Roosevelt), tinha captado a atenção mundial. Eleanor Roosevelt, uma defensora dos direitos humanos, liderou a Comissão que elaborou o rascunho do documento que viria a converter-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Roosevelt referiu-se à Declaração como a Carta Magna internacional para toda a Humanidade. Foi promulgada pelas Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948⁵².

Dignas de registo, visto que parâmetro fundamental a inspirar qualquer normativo que pretenda assegurar direitos básicos e irrenunciáveis dos seres humanos, são as disposições contidas em seu preâmbulo e também no artigo 1.º ⁵³:

⁵¹ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 547-548. 10.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵² UNITED FOR HUMAN RIGHTS - **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

⁵³ UNITED FOR HUMAN RIGHTS - **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

O desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade, e o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem... Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Os Estados Membros das Nações Unidas comprometeram-se a trabalhar para promover os trinta artigos sobre direitos humanos que, pela primeira vez na história, tinham sido reunidos e codificados em um único documento. A DUDH tem inspirado tratados de direitos humanos em todo o mundo, normativos de outras organizações internacionais, diversas constituições e leis das nações democráticas^{54 55}.

No Continente Europeu, também se davam os primeiros passos em direção à realização dos direitos humanos. Os conflitos ideológicos entre a Europa Oriental e a Europa Ocidental, bem como o perigo de um sistema ditatorial na Europa Oriental, eram ameaças reais. Em maio de 1948, foi realizado o “Congresso da Europa”, promovido pelo Comitê Internacional dos Movimentos pela União Europeia. Esta iniciativa foi uma motivação decisiva para a fundação do Conselho da Europa, em 1949, cujos objetivos eram obter a união entre seus membros, bem como promover e proteger os ideais da democracia e alcançar progresso econômico e social. Em sua primeira reunião, realizada em agosto de 1949, o Conselho da Europa adotou providências para formular uma Convenção que estabelecesse uma garantia coletiva dos direitos e liberdades proclamados pela DUDH. A Convenção foi assinada em Roma, no dia 4 de novembro de 1950, e entrou em vigor no dia 3 de setembro de 1953, após o décimo instrumento de adesão⁵⁶. A referida Convenção foi adotada por Portugal em 22 de setembro de 1976. Logo após a edição da DUDH, ainda em 1948, a Comissão de Direitos Humanos da ONU realizou estudos para a elaboração de um tratado internacional de direitos humanos que congregasse todos os direitos da pessoa humana, os de natureza civil, política, social, econômica e cultural. Esta ideia não prosperou diante da divergência política

⁵⁴ UNITED FOR HUMAN RIGHTS - **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

⁵⁵ José Adércio Leite Sampaio afirma que a DUDH (1948), retomando as bases originais, abriu para a dogmática constitucional, a partir da Alemanha, “um jogo de definição que restringe direitos humanos ora ao plano filosófico, ora à sua dimensão internacional, expressando os direitos de uma comunidade estatal concreta, mais especificamente como direitos fundamentais”. Prossegue afirmando que a expressão direitos humanos não conhece fronteiras nacionais, tendo por começo a Declaração Universal de 1948, e os direitos fundamentais são juridicamente válidos em determinado ordenamento jurídico e são invioláveis no âmbito interno ou constitucional. (In SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**, p. 8-9. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010).

⁵⁶ DURAES, Beatriz Shiffer - **Convenção Europeia de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos em comparação**. [Em linha]. [Consult. 3 Mai. 2018]. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8916/6225>.

entre os países integrantes dos blocos capitalista e comunista⁵⁷. Em 1952, a Assembleia das Nações Unidas decidiu pela elaboração de duas Convenções, ambas aprovadas no mês de dezembro de 1966: uma sobre direitos civis e políticos, denominada de Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos⁵⁸, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁹.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000. Além de destacar, em seu artigo 1.º, o respeito à dignidade do ser humano, dispõe também, em seus artigos 7.º e 8.º, respectivamente, acerca do respeito de que toda pessoa é merecedora em sua vida privada e familiar, em seu domicílio e em suas comunicações, bem como acerca da proteção dos dados pessoais que lhe digam respeito. Uma versão atualizada da Carta foi firmada em dezembro de 2007, em decorrência do Tratado de Lisboa, para vigor a partir de dezembro de 2009.

Os direitos de cada indivíduo na União Europeia foram sendo proclamados em momentos e de formas diferentes. Por esta razão, a União Europeia decidiu reuni-los em um único documento, que foi atualizado à luz das mudanças na sociedade, do progresso social e dos avanços científicos e tecnológicos.

A Carta dos Direitos Fundamentais, mais abrangente que a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, consolida todos os direitos fundamentais aplicáveis no âmbito da União Europeia (UE). Estabelece os

⁵⁷ A divergência se referia à aplicabilidade dos direitos que viessem a ser reconhecidos. Os países ocidentais (cuja opinião acabou prevalecendo) entendiam que os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis, todavia os direitos sociais, econômicos e culturais eram de natureza meramente programática e necessitavam de uma implementação progressiva. (In LEITE, Antonio José Mafezolli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 2 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>).

⁵⁸ Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, no auge da Guerra Fria, reconhece um conjunto de direitos mais abrangentes que a própria DUDH. Entrou em vigor em 1976, quando alcançou o número mínimo (35) de países que aderiram ao referido normativo. Em Portugal, passou a integrar a ordem jurídica a partir de 15/9/1978 e no Brasil em 24/4/1992. (In LEITE, Antonio José Mafezolli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 2 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>).

⁵⁹ Aprovado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, entrou em vigor em Portugal em 3/1/1976 e foi ratificado pelo Brasil em 24/1/1992, entrando em vigor em 6/7/1992 (Dec. 591/1992). O Pacto ampliou o elenco de direitos econômicos, sociais e culturais e “incluiu o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à educação, o direito das crianças a não serem exploradas e o direito à participação na vida cultural da comunidade”. Os direitos inseridos nesse Pacto têm previsão de implementação progressiva de acordo com as possibilidades, inclusive econômicas, dos Estados. (In MONTEIRO, Adriana Carneiro - **Introdução ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 2 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/culturais.html>).

princípios éticos e os direitos que são aplicáveis não apenas aos cidadãos, mas também aos residentes na UE. Além de proteger princípios fundamentais como a dignidade, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a cidadania e a justiça, a Carta abrange os direitos civis, os políticos, os sociais dos trabalhadores, a proteção dos dados, a bioética e o direito a uma boa administração. Trata-se de instrumento normativo vinculativo, possuindo o mesmo valor jurídico que os tratados da UE (artigo 6.º do Tratado da União Europeia). Aplica-se quando os países e instituições da UE põem em prática o direito daquela União, mas não amplia as competências, além daquelas já fixadas nos tratados.

Em 22 de novembro de 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos realizada na cidade de San José da Costa Rica, a Organização dos Estados Americanos (OEA) editou a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após a décima ratificação, de iniciativa de Granada. Buscou-se com este tratado a consolidação entre os países americanos de um regime de liberdade pessoal e justiça social, com fundamento nos direitos humanos essenciais, independentemente do país de nascimento ou de onde a pessoa viva. Um dos seus principais legados foi a criação do sistema Comissão Interamericana de Direitos Humanos/Corte Interamericana de Direitos Humanos, encarregados de avaliar e julgar casos de violação aos direitos humanos ocorridos em países que integram a OEA⁶⁰.

Referido documento só veio a ser ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, com validade a partir de 6 de novembro de 1992, consoante se infere do Decreto Presidencial n.º 678, de 6/11/1992. O conteúdo da Convenção Americana estabelece os direitos fundamentais da pessoa humana: entre outros, o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral e à educação. Também proíbe a escravidão e a servidão humana, tratando também da proteção à família e das garantias judiciais, da liberdade de consciência e de religião, da liberdade de pensamento e de expressão, bem como da liberdade de associação⁶¹.

⁶⁰ SANTIAGO, Emerson - **Pacto de São José da Costa Rica**. [Em linha]. InfoEscola. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>.

⁶¹ Segundo Flávia Cristina Piovesan, o processo de universalização dos direitos humanos deu origem a um sistema internacional de proteção desses direitos, formando-se, assim, o sistema normativo global, no âmbito das Nações Unidas. Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que não são dicotômicos, mas complementares e buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, principalmente na Europa, na América e na África. Este sistema internacional envolve quatro dimensões: a celebração de um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos; a relação entre os direitos e os deveres jurídicos impostos aos Estados; a criação dos órgãos de proteção, como Comitês e Comissões e Cortes Internacionais; e a criação de mecanismos de monitoramento voltados à implementação dos mencionados direitos. (In PIOVESAN, Flávia Cristina - **Sistema Internacional**

A proteção aos direitos humanos, na Europa, é exercida especialmente pela Comissão Europeia de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e, no âmbito do continente americano, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA⁶². Quanto ao sistema africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que tem sede em Gâmbia, é o organismo a quem compete zelar e assegurar pela proteção dos direitos humanos no continente africano. Há de se ressaltar a existência da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, a qual entrou em vigor em 1986, denominada Carta de Banjul. Este instrumento prevê medidas de salvaguarda para garantia dos direitos e deveres que estabelece⁶³.

1.3 Terminologia e definição

André Ramos Tavares leciona que são várias as expressões utilizadas para denominar os direitos fundamentais do Homem. E, no caso dos direitos humanos, a forte carga emotiva inerente a esses direitos em muito favorece a ambiguidade e as contradições na própria rotulação do conteúdo que se aloja em cada uma dessas denominações. O autor aponta diversas denominações: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Além dessas, louvando-se nos escólios de Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio de Otto Pardo, aponta outras rotulações: direitos dos cidadãos, direitos constitucionais, direitos políticos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos históricos, direitos civis e políticos, direitos da pessoa e direitos cívicos⁶⁴.

de Proteção dos Direitos Humanos. [Em linha]. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf.)

⁶² A Organização dos Estados Americanos é o mais antigo organismo regional do mundo. Foi fundada em 1948, em Bogotá, Colômbia, com a assinatura da Carta da OEA. As tratativas para sua fundação remontam à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890. A OEA foi criada para alcançar, nos Estados membros, “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência” (artigo 1.º da Carta). A OEA congrega os 35 Estados independentes das Américas e, para alcançar seus objetivos, baseia-se em seus principais pilares que são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento. (In OEA. **Quem somos.** [Em linha]. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp).

⁶³ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin - Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. **Revista de direitos humanos e democracia.** [Em linha]. Editora Unijuí. Ano 1, n. 1. Jan./jun, 2013, p. 250-280. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/368/691>.

⁶⁴ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 492-493. 10.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

André de Carvalho Ramos sustenta que, também nos documentos de Direito Internacional, há a utilização dessa variedade de expressões. Observa que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, utiliza, já no preâmbulo, os termos “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem”. Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, em seu preâmbulo, a necessidade de respeito aos “direitos do homem” e logo após a “fé nos direitos fundamentais do homem” e ainda o respeito “aos direitos e liberdades fundamentais do homem”. A Carta da Organização das Nações Unidas, tanto no preâmbulo quanto no seu artigo 56, emprega a expressão “direitos humanos” e, também, “liberdades fundamentais” (artigo 56, alínea “c”). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (revisada em 2007) utiliza do termo “direitos fundamentais”. Por fim, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais usa o termo “liberdade fundamental”⁶⁵.

Diversas são as críticas às inúmeras rotulações, seja porque os direitos humanos não podem se limitar ao aspeto histórico do jus naturalismo; seja porque, ao serem rotulados de direitos do homem, não contemplariam as mulheres; seja porque não poderiam ser denominados de direitos individuais por também ser uma limitação que fugiria à sua característica de universalidade⁶⁶. Outras considerações doutrinárias mereceriam destaque; todavia, este não é o propósito essencial desta pesquisa.

Quanto à definição, Raquel Tavares afirma que a ONU conceitua os direitos humanos como “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”. Há, portanto, uma garantia e uma proteção jurídica internacional aos indivíduos e aos grupos, baseada em um sistema de valores comuns que se centram na dignidade do ser humano. Esses direitos “não podem ser suprimidos nem negados e são iguais e interdependentes”, ou seja, nenhum é mais importante que o outro. Assim, a supressão, a negação, a limitação ou a ausência de qualquer um desses direitos implica prejuízo aos demais⁶⁷.

A elaboração das normas de Direitos Humanos e o controle da aplicação e da observância desses normativos pela comunidade internacional estão afetos às organizações

⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 26. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 28. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁶⁷ TAVARES, Raquel - **O que são os Direitos Humanos?** [Em linha]. Procuradoria Geral da República-PT. GDDC. [Consult. 1.º Mai. 2018]. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/IPAG1.htm>.

internacionais como as Nações Unidas, ao Conselho da Europa, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos⁶⁸.

Entre as definições clássicas dos direitos humanos, destaca-se a de Gregório Peces-Barba, que, embora prefira a denominação de *derechos subjetivos fundamentales*, os define como uma faculdade de proteção que a norma atribui às pessoas, afirmando que:

[...] todos os direitos fundamentais pretendem facilitar a autonomia das pessoas e o desenvolvimento integral criando condições de liberdade. O que ocorre é que se utilizam de diversas técnicas para alcançar essa finalidade, e que a partir do Século XIX, com a crítica socialista à concepção liberal pura dos direitos fundamentais, houve a incorporação de um componente igualitário que colore e completa essa ideia dos direitos fundamentais como direitos de liberdade sem desvirtua-los, como pretendem os doutrinadores liberais”.⁶⁹

São características principais dos direitos humanos, segundo Fábio Luis dos Santos Silva, a imprescritibilidade (são permanentes e não se perdem pelo decurso do prazo); a inalienabilidade (são intransferíveis de uma pessoa para outra); a irrenunciabilidade; a inviolabilidade (nenhuma autoridade pode desrespeitá-los, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal); a universalidade (são aplicáveis a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, credo ou convicção político filosófica), a efetividade (o poder público deve atuar de modo a garantir a sua execução, mesmo que para isso tenha que se utilizar de mecanismos coercitivos); a interdependência (as demais normas não podem afrontar esses direitos, mas devem se harmonizar com eles) e a complementaridade (não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta, com a finalidade de sua plena realização)⁷⁰.

Joaquim Herrera Flores formula uma pertinente crítica sobre a visão tradicional de que os Direitos Humanos possam ser definidos de forma simplista, apenas como sendo direitos que possuímos em razão de sermos humanos, deixando de lado uma análise da

⁶⁸ “Entre os principais normativos destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e, destacam-se, a nível universal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os nove principais tratados da ONU nesta área (Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e sete outros tratados, em matéria de discriminação racial, discriminação contra as mulheres, direitos da criança, tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, direitos dos trabalhadores migrantes, desaparecimentos forçados e direitos das pessoas com deficiência). Para cada um destes nove tratados, existe um comité de peritos que avalia até que ponto os respetivos Estados Partes estão a cumprir as obrigações que assumiram em virtude da ratificação ou adesão ao instrumento em causa”. (In TAVARES, Raquel - **O que são os Direitos Humanos?** [Em linha]. Procuradoria Geral da República-PT. GDDC. [Consult. 1.º Mai. 2018]. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/IPAG1.htm>).

⁶⁹ PECES-BARBA, Gregório – Escritos sobre derechos fundamentales. Eudema. Madrid, 1988, p. 199-2902. [Em linha]. **AMNISTIA Internacional**. [Consult. 11 Jun. 2022]. Disponível em <https://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-economicos-pecesbarba.html#ret>

⁷⁰ BRASIL. PREFEITURA DE RECIFE-PE. Secretaria de Assuntos Jurídicos do Recife. **O que são Direitos Humanos?** [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2018]. Disponível em <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>

realidade social e privilegiando uma análise formal. Herrera Flores distingue o plano da realidade dos Direitos Humanos do plano que os justificam, analisando “o que”, o “porquê” e o “para que” desses direitos. Entende que, para uma nova concepção do tema, deve se debruçar sobre os bens que esses direitos devem garantir, as condições materiais necessárias para a sua implementação e o relevante papel das lutas sociais na sua concepção e consolidação⁷¹.

O citado jurista espanhol propõe uma nova compreensão dos direitos humanos, aduzindo que esses direitos não são concedidos pelos Estados ou pela ordem internacional. São resultados de lutas sociais, conquistados por pessoas que, mesmo encontrando dificuldades e barreiras aparentemente intransponíveis, não desistem daqueles bens jurídicos. Essas dificuldades poderiam estar relacionadas com questões sociais, éticas, culturais, territoriais, orientação sexual e outras. No que diz respeito à ligação desses direitos à dignidade da pessoa humana, propõe um acesso igualitário e não hierarquizado aos bens materiais e imateriais⁷².

1.4 Correntes filosóficas e perspectivas

1.4.1 Teorias e fundamentos

Da mesma forma que não há consenso doutrinário quanto à terminologia dos direitos humanos, também não o há em relação às teorias e às correntes filosóficas, bem como entre os fundamentos que informam esses direitos^{73 74}.

Admitindo-se a necessidade de fundamentação teórica dos direitos humanos, passa-se ao sintético exame das principais correntes doutrinárias, a começar pelo jus

⁷¹ HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 23-30 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁷² HERRERA FLORES, Joaquim. **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 23-30 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁷³ André Carvalho Ramos ressalta que, para alguns doutrinadores, cuja corrente denomina de negacionista, a fundamentação teórica dos direitos humanos é impossível e até mesmo perigosa. Entre eles, aponta o posicionamento de Norberto Bobbio, que afirma ser impossível a fundamentação dos direitos humanos, indicando três razões: a divergência na definição desses direitos; a variabilidade, visto que são modificados diante do contexto histórico, o que exigiria uma fundamentação para cada época; e, por fim, o fato de os direitos humanos conterem pretensões muitas vezes conflitantes, a exigir ponderação de interesses, de sorte que identificar um único fundamento poderia servir de pretexto para impedir a evolução desses direitos. Entretanto, o mesmo doutrinador sustenta que a busca para o fundamento teórico dos direitos humanos é essencial, pois a proteção desses direitos foi uma conquista histórica e, como tal, “necessitou de *fundamentação* teórica para sua afirmação frente ao absolutismo e outras formas de governo autoritárias”. (In RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 30-31. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012).

⁷⁴ BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos** (trad. Carlos Nelson Coutinho) São Paulo: Campus, 1992, p. 22-24.

naturalismo, cujos seguidores entendem que há normas anteriores e superiores ao direito estatal positivado.

O denominado jus naturalismo clássico construiu uma doutrina do direito natural de caráter objetivo⁷⁵, já o jus naturalismo moderno se constitui em um direito natural subjetivo. Segundo esta corrente (que teve como destaques Hugo Grocio e Thomas Hobbes), “foi por meio de um processo de subjetivação dos direitos naturais que se construiu a teoria dos direitos do homem”^{76 77 78}.

Em síntese, a corrente jusnaturalista aduz que os direitos naturais do ser humano são originários e inalienáveis, não incumbindo ao Estado outorgá-los, mas apenas reconhecê-los e aprová-los formalmente⁷⁹.

A corrente positivista, que se desenvolveu ao longo dos séculos XIX e XX, identifica o Direito com a lei posta, positivada e outorgada pelo Estado, na qual a Constituição se colocava no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico e todas as leis deveriam a ela se subordinar.

Para a Escola positivista, o fundamento dos direitos humanos consiste na *existência* da lei positiva, e o pressuposto essencial de validade da lei está em sua conformidade com a Constituição. Assim, os direitos humanos justificam-se pela sua validade formal, pois estão consagrados na vontade da lei, e é esta vontade que fundamenta a preservação dos direitos humanos. Entretanto, esta posição enfraquece a proteção dos direitos

⁷⁵ Santo Tomás de Aquino “pode ser considerado um dos próceres da chamada corrente de Direito natural de inspiração divina. Para o teólogo, a *lex humana* deve obedecer a *lex naturalis*, que era fruto da razão divina, mas perceptível aos homens”. Hugo Grocio, um dos fundadores do Direito Internacional e iniciador da teoria do direito natural moderno (revelado pela razão) sustentava, já no século XVI, a existência de um conjunto de normas ideais, que seriam fruto da razão humana. Assim, “o direito dos legisladores humanos só seria válido quando compatível com os mandamentos daquela lei imutável e eterna.” (In RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 32. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012).

⁷⁶ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 491. 10.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁷ Segundo André Carvalho Ramos o traço marcante dessa corrente “é o seu cunho teológico e metafísico, pois se funda na existência de um direito preexistente ao direito produzido pelo homem, oriundo de Deus (escola de direito natural de razão divina) ou da natureza imanente do ser humano (escola de direito natural moderno)”. (In RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 32. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012).

⁷⁸ José Carlos Vieira de Andrade sustenta que, nessa visão de direito natural, os direitos humanos são direitos atemporais e inerentes à qualidade dos homens como seus titulares. (In ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 14. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 491. 10.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

humanos, diante da hipótese provável de omissão da lei ou de texto legal contrário à dignidade humana^{80 81}.

Com o passar do tempo, o positivismo sofreu críticas severas, vindas de diversas procedências. O que pretendia ser uma *teoria* do Direito transformou-se em uma ideologia, pois se tornou “não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados”. A decadência do positivismo jurídico está associada à derrota do fascismo e do nazismo na 2.^a Guerra Mundial. E não é por demais lembrar que a ascensão desses movimentos políticos e militares ocorreu dentro da estrita legalidade, e foi em nome da lei que cometeram terríveis atrocidades e barbaridades⁸².

A corrente positivista não admite os direitos naturais como integrantes da ciência do Direito, pois, segundo esta Escola, os direitos naturais seriam “regras morais filosóficas ou ideológicas que, no máximo, influenciam o Direito. Só quando as regras são incorporadas a este Direito é que – pela visão positivista – podem-se considerar regras cogentes”^{83 84}.

Para Fábio Konder Comparato, a questão do fundamento dos direitos humanos não deve residir apenas no positivismo, pois a sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, mesmo que seja em uma Constituição promulgada. Para o referido doutrinador, a importância dos direitos humanos aumenta à medida que o Estado seja “mais louco ou celerado”; portanto, “a afirmação de autênticos

⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 33. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

⁸¹ O positivismo jurídico derivou do positivismo filosófico, uma crença em que, se o homem havia chegado a uma maioria racional, todo conhecimento só poderia surgir da ciência, o único conhecimento verdadeiro, de caráter objetivo e do método científico – baseado na observação e experimentação –, o qual deveria ser estendido a todos os ramos das ciências, inclusive às ciências sociais. A pretensão de transportar para a seara do Direito os princípios do positivismo filosófico apartou a ciência do Direito da moral e da filosofia. Assim, o Direito resumia-se aos atos normativos, imperativos e coativos, emanados do Estado. “A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade”. (In BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 324-325. 7.^a ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.)

⁸² BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 326-327. 7.^a ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸³ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 492. 10.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁴ André de Carvalho Ramos afirma que “no caso dos direitos humanos, a fragilidade do positivismo é dramática, caso as leis locais não protejam ou reconheçam determinado direito ou categoria de direitos humanos”. O exemplo nazista demonstra a insuficiência da fundamentação da Escola positivista. A divergência central entre as Escolas jusnaturalista e a positivista é que a primeira defende a superioridade dos princípios de moral e justiça, quando há incompatibilidade com a lei positivada. Mas, para os positivistas, os princípios de justiça não pertencem ao ordenamento jurídico; assim, não existiria choque ou antagonismo entre a lei positivada e a moral. (In RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 34. 2.^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.)

direitos humanos é incompatível com uma concepção positivista do direito”. Não basta contentar-se com a validade formal das normas jurídicas, pois o problema se situa em esfera mais profunda, ou seja, no valor ético do direito⁸⁵.

A denominada corrente ou teoria realista advoga, em síntese, segundo Perez Luño (citado por André Ramos Tavares)⁸⁶ que o realismo “se insere no terreno político, ainda que também, como se verificou, outorgue uma importância decisiva às garantias jurídico-processuais de tais direitos”. Esta corrente se insurge tanto ao jus naturalismo quanto ao positivismo, visto que, para os realistas, as condições sociais é que “determinariam o sentido real dos direitos e liberdades, pois dele depende sua salvaguarda e proteção”. Também este é o entendimento de Peces-Barba, pois toda norma positivada necessita dos tribunais de justiça para que o titular do direito possa a ele recorrer, pois, se um direito fundamental não pode ser alegado, em busca de proteção, “pode-se dizer que não existe”.

Por último, cita-se a corrente doutrinária a que se filia o autor desta pesquisa, segundo a qual a fundamentação dos direitos humanos não despreza o jus naturalismo nem o positivismo. Com efeito, os direitos humanos se situam em uma perspectiva pós-positivista, em que seus fundamentos e sua prática devem levar em consideração também os princípios e os valores éticos e morais. Este ideário desenvolveu-se a partir do término da 2.^a Guerra Mundial, especialmente na Alemanha e na Itália (bem como no Brasil com a Constituição de 1988, inspirada na Constituição portuguesa de 1976) com maior ênfase no último quarto do século XX.

Luís Roberto Barroso sustenta que o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. Portanto, não apenas a superação histórica do jus naturalismo, mas também “o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”. Assim, o pós-positivismo busca uma superação do conhecimento convencional, guardando relativa deferência ao positivismo, contudo nele reintroduzindo as ideias de justiça, legitimidade e reaproximando a ética do Direito. A novidade não são os princípios, visto que esses permeiam o Direito de longa data, de forma direta ou indireta. Mas, “o que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*”. Assim, o pós-positivismo seria uma designação “provisória e genérica de

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Universidade de São Paulo. Instituto de Estudos Avançados. [Consult. 7 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf.

⁸⁶ TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 491-492. 10.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspetos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”^{87 88}.

Paulo Bonavides afirma que o pós-positivismo corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, pois as Constituições promulgadas nesse período “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. Impende destacar a relevância da obra de Ronald Dworkin que, em análise crítica e abandono da doutrina positivista, entendeu pela necessidade de tratar os princípios como direito, “reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”. Em momento posterior, importantes também para a consolidação da normatividade e preponderância dos princípios constitucionais foram as obras de renomados juristas como Robert Alexy, Josef Esser, Friedrich Müller, Karl Larenz, Emílio Betti, Vezio Crisafulli, Domenico Farias, J.J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda e no Brasil, entre outros, Eros Roberto Grau⁸⁹.

A propósito, é digna de registo a preciosa lição do constitucionalista lusitano Jorge Miranda⁹⁰, que, acerca dos princípios, afirma:

[...] são ainda necessariamente normativos, incorporam um dever ser, consistem em comando da mesma natureza da das normas-preceitos. Com a referência explícita que se lhes faz trata-se, porém, de procurar uma visão mais ampla da ordem social normativa que é o Direito do que aquela que decorreria de uma qualquer concepção positivista, literalista e absolutizante das fontes legais.

Leciona Paulo Bonavides que os desafios políticos, económicos, sociais e até mesmo antropológicos impostos pelas vertiginosas transformações ocorridas a partir da segunda metade do século XX, que continuam em velocidade crescente no século XXI, fazem

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 327-328. 7.ª ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁸ Ainda segundo o magistério de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo busca ir além da estrita legalidade, sem desprezar o direito posto. Entretanto “[...] procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”. (In BARROSO, Luís Roberto – Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil), p. 208. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 264-295. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁹⁰ MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. 4.ª ed. V. I, t. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 513.

com que o Direito Constitucional clássico seja hoje “uma espécie de artefacto pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade”⁹¹. Logo, não há como fechar os olhos ao princípio da igualdade real – “valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da constituição em matéria de direitos sociais” – consagrado na teoria dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, não é possível compreender o constitucionalismo atual sem que se consagrem institutos processuais que assegurem esses direitos fundamentais sociais⁹².

Assim, diante do quadro antes retratado, são pertinentes as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar: “A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais” (grifos do original). Impende destacar que, se o Estado Constitucional não dispensa a subordinação das leis aos princípios constitucionais, isso só pode ocorrer com o auxílio da jurisdição e da doutrina⁹³.

1.4.2 Perspetivas

Flávia Piovesan, ao analisar os desafios e as perspectivas contemporâneas dos direitos humanos, destaca que esses direitos se compõem de um construído axiológico, e não se constituem de uma marcha triunfal ou de uma causa perdida, mas são “fruto da nossa história, do nosso passado, do nosso presente, a partir sempre de um espaço simbólico, de luta e ação social”. Assim, os direitos humanos possuem uma dupla vocação: afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento humano. Ressalta a visão integral dos direitos humanos, afirmando a necessária interdependência, inter-relação e indivisibilidade entre os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁴.

⁹¹ Nesse contexto, ressalta Luís Roberto Barroso que a globalização trouxe, entre seus aspetos negativos, a potencialização das desigualdades e o ofuscamento das conquistas da civilização e, não obstante os avanços significativos da tecnologia, a obsessão pela eficiência vem “acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser”. As mudanças nos campos econômico, social e político são contínuas. Também na esfera do direito, “a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*”. Houve ainda mudança no paradigma jurídico, que na modernidade passou da lei para o juiz e agora se transfere para o caso concreto, na busca da melhor solução, singular ao problema a ser resolvido. (In BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 306-308. 7.^a ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.)

⁹² BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 372-374. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**, p. 47. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia - Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan - mar. 2009, p. 107-108. Porto Alegre: Magister Editora..

Discorrendo acerca dos desafios do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI, Antonio Augusto Cançado Trindade destaca que este ramo do Direito se tem norteado por seus princípios básicos, entre eles “os princípios da universalidade, da integralidade e da indivisibilidade dos direitos protegidos, inerentes à pessoa humana [...]”. Ressalta que esta visão segmentada dos direitos humanos foi superada, com o reconhecimento de sua indivisibilidade pela Conferência Mundial de Teerã, de 1968. Portanto, não há dúvida de que, em nossos dias, só se pode conceber a promoção e proteção internacionais dos direitos humanos com base em uma *concepção integral* desses mesmos direitos, abrangendo todos em conjunto (os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais)”⁹⁵.

Joaquim Herrera Flores, ao tratar da perspectiva integradora dos direitos humanos no século XXI, sustenta que já não se pode falar em duas classes de direitos humanos (uma composta pelos direitos individuais, ou liberdades públicas e a outra pelos direitos sociais, econômicos e culturais), pois a “liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda” e uma não é sem a outra. Assim, sem as condições que as coloquem em prática (com políticas de igualdade, que se concretizem nos direitos sociais, econômicos e culturais) as denominadas liberdades individuais, ou os Direitos Civis e Políticos, bem como os direitos sociais “não terão espaço em nosso mundo”⁹⁶.

Flávia Piovesan aponta sete desafios e inquietudes a serem enfrentados para a efetividade dos direitos humanos na contemporaneidade, que serão abordados a seguir⁹⁷.

O primeiro desafio seria a superação da tensão entre o universalismo e o relativismo cultural. No particular, prega um universalismo de confluência e compartilha da visão do sociólogo luso Boaventura de Sousa Santos, ao defender uma concepção multicultural dos direitos humanos, inspirada no diálogo entre as diversas culturas, com o objetivo de se alcançar um “multiculturalismo emancipatório”⁹⁸.

⁹⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 7; 10-11; 71. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos – OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.

⁹⁶ HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 68 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia - Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan - mar. 2009, p. 109-113. Porto Alegre: Magister Editora..

⁹⁸ A propósito dessa tensão entre o universalismo e o relativismo cultural dos direitos humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade ressalta que, para se lograr a eficácia dos direitos humanos, “há que se tomar em conta o *substratum* cultural das normas jurídicas; mas isto não se identifica com o chamado relativismo cultural”. Ao tecer crítica aos adeptos do relativismo cultural, o mencionado doutrinador aduz que eles se esquecem de que “as culturas não são herméticas, mas sim abertas aos valores universais, e tampouco se apercebem de que

A segunda inquietude a que se refere Flávia Piovesan diz respeito à laicidade estatal *versus* fundamentalismos religiosos. Prega a necessidade de um estado laico, como forma de assegurar o exercício dos direitos humanos.

O terceiro desafio se refere à tensão entre o direito ao desenvolvimento e as assimetrias globais, que geram injustiça social e profunda distorção na distribuição de renda entre as pessoas.

O quarto desafio, que possui estreita relação com o terceiro e com a temática desta pesquisa, diz respeito à proteção dos direitos sociais e aos dilemas da globalização econômica. Destaca a citada doutrinadora que a globalização tem agravado ainda mais as desigualdades sociais. Logo, torna-se fundamental a redefinição do papel do Estado, na promoção da igualdade social, compensando e enfrentando os desequilíbrios criados pelos mercados⁹⁹.

O binômio respeito à diversidade *versus* intolerância, também relacionado ao tema desta Tese, é o objeto do quinto desafio, daí brotando a urgência de se combaterem todas e quaisquer formas de intolerância.

O sexto desafio diz respeito ao combate ao terrorismo com a preservação das liberdades públicas. O unilateralismo *versus* o multilateralismo (exigência ética do fortalecimento do estado de direito e a construção da paz nas esferas global, regional e local), mediante uma cultura de direitos humanos, é o sétimo e último desafio.

Por fim, Flávia Piovesan afirma que se os direitos humanos não são um mero dado, mas uma construção histórica que decorreu de lutas e ações sociais, a cultura da violação a esses direitos (por meio de exclusões, injustiças, discriminações e intolerâncias) deve ser desconstruída. Deve-se, portanto, assumir o risco de romper com a cultura da

determinados tratados de proteção dos direitos da pessoa humana já tenham logrado aceitação universal”. (In TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 12. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos – OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.)

⁹⁹ “Com efeito, a atual recessão econômica mundial veio agravar as disparidades já insuportáveis entre países industrializados e países em desenvolvimento, no plano internacional, e entre diferentes setores da sociedade, no plano interno. Lamentavelmente têm crescido, em distintos continentes, a humilhação do desemprego, assim como, de modo alarmante, a pobreza extrema. Em tempos de ‘globalização’ da economia, as fronteiras passaram a se abrir à livre circulação dos capitais, inversões, bens e serviços, mas não necessariamente das pessoas, dos seres humanos. A crescente concentração de renda e poder em escala mundial, a acompanhar *pari passu* a chamada ‘globalização’, em meio à glorificação do mercado, passou a acarretar o trágico aumento - estatisticamente comprovado - dos marginalizados e excluídos em todas as partes do mundo, nesta mais recente manifestação de um perverso neodarwinismo social.” (In TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 15. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos – OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>).

naturalização, banalização e trivialização dessas desigualdades e exclusões, pois elas não compõem o destino da nossa humanidade.

Em suas conclusões sobre os desafios dos direitos humanos no século XXI, Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁰⁰ adverte acerca dos limites da denominada “razão de Estado”, aduzindo que o Estado foi concebido para a realização do bem comum e existe para servir ao ser humano, e não o contrário. Em decorrência das atrocidades, milhões de seres humanos foram vítimas ao longo do século XX. Nesse contexto, a consciência jurídica universal – fonte material última de todo o Direito – reagiu a essas atrocidades, exigindo que a “razão de humanidade” venha a prevalecer sobre a “razão de Estado”¹⁰¹.

Joaquim Herrera Flores assevera que os direitos humanos, na atualidade, devem ser entendidos de modo diverso do que foi estabelecido em 1948 na DUDH, em face do contexto vigente à época. Diante do novo contexto atual, necessita-se de uma nova perspectiva para esses direitos. O desafio atual dos direitos humanos seria a defesa da “avalanche ideológica provocada por um neoliberalismo agressivo e destruidor das conquistas sociais alcançadas pelas lutas de movimentos sociais, partidos políticos de esquerda e sindicatos durante mais de um século e meio”. Assim, nos momentos atuais, há necessidade de armar-se de ideias e conceitos que permitam o avanço na luta pela dignidade humana¹⁰².

¹⁰⁰ Para Antonio Augusto Cançado Trindade, alguns dos desafios mais prementes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no limiar do século XXI, seriam buscar a superação das contradições do mundo em que vivemos; dotar os mecanismos e instrumentos de proteção aos direitos humanos de maior eficácia, concedendo novas formas de proteção do ser humano em situações emergenciais; desenvolver a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos; fomentar a adoção das indispensáveis medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção; assegurar a aplicabilidade direta das normas de Direito Internacional no direito interno dos Estados como partes dos instrumentos de proteção; fortalecer a capacidade jurídico-processual internacional do ser humano, para o resguardo dos seus direitos; salvaguardar a intangibilidade da jurisdição dos tribunais internacionais de direitos humanos; preservar e consolidar as instituições nacionais democráticas e zelar pela autonomia do Poder Judiciário. (In TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 23-24. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos – OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.)

¹⁰¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 83-84. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos – OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.

¹⁰² HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 67 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

Diante das razões expostas, Herrera Flores propõe uma concepção de direitos humanos baseado em perspectivas integradora¹⁰³, crítica¹⁰⁴ e contextualizada em práticas sociais emancipadoras¹⁰⁵. Com base nessa concepção, o doutrinador busca construir uma alternativa, entendendo necessária a recuperação da ação política. Isso porque os direitos humanos são criados e recriados na medida da atuação no processo de construção social da realidade. Logo, os direitos humanos não podem ser entendidos de forma separada da ação política. O autor recusa a concepção de direitos humanos como “ideais prévios” à ação social, o que os constituiria como “produtos dados de antemão e sem qualquer correlação com os conflitos sociais”, e isso seria uma concepção restrita do político. A concepção de direitos humanos como algo prévio à ação social implica partir de uma posição filosófica com consequências políticas conservadoras e uma visão de mundo passiva, contrariando a premissa de que “os direitos humanos devem prestar-se a aumentar nossa ‘potência’ e nossa ‘capacidade’ de atuar no mundo”. Ademais, considerando que o político não é algo separado do contexto em que estamos e do lugar que pretendemos alcançar, há de se “recuperar o político como esfera complementar e paralela à luta pela dignidade ‘a partir’ dos direitos humanos”¹⁰⁶.

Como decorrência conclusiva de sua concepção de direitos humanos na contemporaneidade, Joaquim Herrera Flores¹⁰⁷ propõe o que denomina de “metodologia relacional” para esses direitos. Partindo da premissa de que nunca deveremos entender investigação alguma – inclusive sobre os direitos humanos – de um modo isolado, mas sempre em conjunto com os demais objetos e fenômenos produzidos por uma sociedade, propõe que os direitos humanos sejam fixados no espaço em que nos movimentamos (que denomina de ação), de forma plural (corporalidade) e no tempo (perspetiva histórica). Esta

¹⁰³ O autor adota a compreensão dos direitos humanos como uma unidade indivisível, negando a possibilidade de separação dos direitos individuais (direitos civis e políticos) dos direitos sociais, econômicos e culturais (p. 68-70).

¹⁰⁴ Não há de se falar em desenvolvimento se, no mesmo processo, não se respeitam os direitos humanos. Da mesma forma, não haverá direitos humanos na ausência de políticas de desenvolvimento integral, comunitário, local e controlado pelos próprios afetados (p. 70-71).

¹⁰⁵ Os direitos humanos não são conquistados apenas por meio de normas jurídicas, mas devem ser entendidos como parte da luta de grupos sociais que, apesar das correntes contrárias, estão empenhados em promover a emancipação humana (p. 71-72).

¹⁰⁶ HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 72-75 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

¹⁰⁷ HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 85-88 (tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

metodologia deve abranger seus conceitos em mútuas relações consigo mesmos e com os processos sociais em que se acham inseridos¹⁰⁸.

Conclui-se este tópico adotando-se a mesma posição de Fábio Konder Comparato que, ao analisar as perspectivas dos direitos humanos em face dos desafios do século XXI, destaca que seria ingenuidade imaginar que o caminho do reconhecimento jurídico da dignidade humana, analogamente ao que sucedeu nas etapas históricas precedentes, não estaria sujeito a retrocessos e sobressaltos. Adverte o autor quanto a uma tendência marcante à desagregação social, motivada por prioridades equivocadas de políticas públicas, ressaltando que os recursos financeiros que deveriam ser destinados aos valores vitais do ser humano, como a educação fundamental, água e saneamento, saúde e nutrição, são endereçados ao consumo de narcóticos e armamentos¹⁰⁹.

A análise feita pelo citado autor, ainda no final do século XX, está se concretizando. Afirmou Fábio Comparato a existência “de uma crise global ou planetária” que atinge, ao mesmo tempo, todas as manifestações da atividade humana, acarretando, “à toda evidência, a uma mutação no conjunto sistêmico de instituições, costumes e valores”. As desordens e os desequilíbrios mais marcantes são de natureza econômica, com destaque para o abismo que separa “o mundo rico do mundo pobre”, o que se agrava ainda mais em razão da “expansão universal do capitalismo financeiro” e “pela adoção insensata de políticas neoliberais em países subdesenvolvidos”, gerando milhões de desempregados no mundo inteiro¹¹⁰.

Para Fábio Comparato, os dois principais fatores causadores dessa desorganização internacional (“a soberania irresponsável das grandes potências e a dominação internacional do capitalismo financeiro”), geradores de prejuízo à dignidade humana, só poderiam ser superados pelo “fortalecimento geral da consciência ética” e por uma reforma e reorganização das instituições internacionais, inclusive vinculadas à ONU (entre elas a FAO – Organização da Alimentação e Agricultura, OMS – Organização Mundial da Saúde,

¹⁰⁸ Por entender os direitos humanos como um fenômeno complexo, que somente pode ser entendido no âmbito da soma dos processos sociais e econômicos que predominam num contexto espaciotemporal concreto, Herrera Flores afirma que uma concepção isolada desse fenômeno só conduzirá a mal-entendidos e a uma redução de sua complexidade, acarretando as equivocadas conclusões de que a economia é que determina todas as coisas em uma sociedade e que nada há na sociedade que possa determinar a estrutura econômica. Diante dessa constatação, o autor questiona: “Que papel cumpririam os direitos humanos, como categorias normativas, diante de uma estrutura econômica que se apresenta como algo que funciona por si e que, por conseguinte, aparece como imutável?”

¹⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 403-404. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 406-408. São Paulo: Saraiva, 1999.

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, o FMI – Fundo Monetário Internacional e o BIRD – Banco Mundial). Entretanto, finaliza o citado doutrinador, essas medidas serão infrutíferas “se não forem vivenciadas por um correspondente progresso no comportamento ético da humanidade”¹¹¹.

1.5 Distinção entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade

Os Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade são conquistas éticas da civilização tutelados nos ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais, sustentando-se na base do princípio da dignidade da pessoa humana, situado no ápice da pirâmide axiológica do Direito. Inserem-se nesses direitos, entre outros, a igualdade de oportunidades e a não discriminação, além do respeito à vida privada e à intimidade, inclusive dos trabalhadores. Portanto, o tratamento igualitário nas relações laborais, bem como a vida privada e a intimidade dos trabalhadores devem ser preservados e tutelados, não se permitindo que sejam afrontados em decorrência da ausência de iguais oportunidades ou violados pela fiscalização, pela ingerência e pelas exigências indevidas e abusivas dos empregadores.

O artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma: “Todos os homens nascem livres em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Como já ressaltado, os termos direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, entre outros, têm sido utilizados pela doutrina hodierna como expressões sinônimas. Mas, segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹¹², faz-se necessária uma distinção entre eles, mesmo com objetivo didático, pois não são iguais na essência. Informa o citado autor que diversos são os termos adotados, e, além de direitos fundamentais, alguns outros principais são estes: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais. Em síntese, entende o referido autor que a expressão ‘direitos fundamentais’ deve ser aplicada àqueles direitos positivados nas Constituições dos Estados, ao passo que Direitos Humanos guardariam relação com os documentos de direito internacional, com validade universal para todos os povos, independentemente de sua vinculação com determinada ordem

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 410-414. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 27 e 29. 10.ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

constitucional^{113 114}.

Sustenta Jorge Miranda que, apesar das largas zonas de coincidência, os direitos fundamentais não se confundem com os direitos de personalidade. Aponta diversos direitos insertos na Constituição portuguesa que, embora sejam direitos fundamentais, não são direitos de personalidade. Entre eles, os direitos de acesso aos Tribunais (art. 20.º, n.º 1), à cidadania (art. 26.º, n.º 1), de garantia da liberdade e da segurança (arts. 28.º e seguintes), à liberdade de imprensa (art. 38.º), de antena (art. 40.º), políticos (arts. 48.º e seguintes), a grande maioria dos direitos dos trabalhadores, económicos e sociais (artigos 53.º e seguintes e 58.º e seguintes), bem como os direitos dos administrados (artigo 268.º)¹¹⁵.

Destaca ainda o referido doutrinador luso que os direitos fundamentais se distinguem dos direitos de personalidade no sentido, na projeção e na perspectiva. Os direitos fundamentais pressupõem relação de poder, ao passo que os direitos de personalidade, relações de igualdade. Os primeiros, uma incidência imediata publicista; já os direitos de personalidade, uma incidência privatística. Enquanto os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade se inserem no Direito Civil.

Em defesa da utilização de todos os termos em sentidos específicos, cita-se o magistério de Vieira de Andrade ao sustentar que a expressão direitos fundamentais “designaria em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos”. A expressão direitos do homem ou direitos humanos seria destinada “à perspectiva internacionalista”. Assim, “guardar-se-iam as fórmulas ‘direitos naturais’, ‘direitos originários’, e, em geral, as que transportam uma carga afetiva (direitos ‘imprescritíveis’, ‘inalienáveis’, ‘invioláveis’) para a dimensão filosófica”¹¹⁶.

J.J. Gomes Canotilho também distingue os direitos do homem dos direitos

¹¹³ Outro doutrinador brasileiro, Fábio Konder Comparato, entende que o termo ‘direitos fundamentais’ deve ser reservado aos “direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”. Entretanto, o autor chama a atenção para os falsos direitos humanos, que não passam de privilégios da minoria dominante, às vezes “inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional sob a denominação de direitos fundamentais”. Logo, para a vigência e legitimação desses “direitos”, não basta apenas o formalismo do reconhecimento estatal, há de se buscar um fundamento mais profundo. (In COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 46. São Paulo: Saraiva, 1999.)

¹¹⁴ Para Willis Santiago Guerra Filho, uma das distinções entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é que estes últimos são aptos à produção de efeitos jurídicos, ao passo que os direitos humanos possuem um conteúdo ético-político, com característica suprapositiva, diferenciando-os das normas jurídicas internas. (In GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord). **Dos Direitos Humanos aos direitos fundamentais**, p. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.)

¹¹⁵ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 85. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017.

¹¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 32. Coimbra: Livr. Almedina, 1983.

fundamentais. Para o autor, os direitos do homem são os direitos com uma dimensão jusnaturalista-universalista, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Isso porque, ao derivarem da própria natureza humana, possuem caráter inviolável, intemporal e universal. Já os direitos fundamentais seriam aqueles que, embora também sejam direitos do homem, são limitados no tempo e no espaço e são institucionalizados e vigentes numa ordem jurídica concreta¹¹⁷.

Afirma Paula Quintas¹¹⁸: “Os direitos do homem ganharam fôlego no direito internacional e os direitos fundamentais no direito constitucional”. Aduz, ainda, que os direitos do homem alcançaram efetividade por meio dos direitos fundamentais. Assim, segundo a referida doutrinadora, os direitos de personalidade se encontram no Direito Civil, os direitos fundamentais no Direito Constitucional, ao passo que o Direito Internacional contempla os direitos humanos.

Também não há pacificidade na doutrina quanto ao posicionamento entre os direitos humanos ou fundamentais e os direitos de personalidade. Alguns doutrinadores sustentam identidade ou similaridade de conteúdo entre ambos. Assim, para esses, os direitos fundamentais derivariam dos direitos de personalidade. Corrente doutrinária oposta entende que os direitos de personalidade são espécie do gênero direitos humanos ou fundamentais.

O doutrinador português Rabidranath V. A. Capelo de Sousa, analisando os direitos fundamentais, afirma que não apenas em sentido formal, mas também em sentido material muitos e diversos direitos de personalidade são também constitucionalmente reconhecidos como direitos fundamentais. Entretanto, nem todos os direitos de personalidade se constituem em direitos fundamentais e, “ao invés, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”^{119 120}.

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 393. 7.^a edição, 16.^a reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹¹⁸ QUINTAS, Paula - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado**: direitos (des)figurados, p. 106; 136. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

¹¹⁹ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O direito geral de personalidade**, p. 581. Coimbra: Coimbra Editora S/A., 2011 (reimpressão).

¹²⁰ Afirma Capelo de Sousa que a larga coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não significa assimilação ou perda de autonomia conceitual desses direitos, mesmo quando tenham por objeto idênticos bens de personalidade, existe “um sentido, uma função e um âmbito distintos, em cada um dos planos em que se inserem”. Sustenta que as previsões objeto dos artigos 70 e seguintes do Código Civil português, referentes aos direitos de personalidade, valem nas relações paritárias entre particulares ou entre esses e o Estado, quando destituído do seu *jus imperii*. Entretanto, diferentemente, as previsões constantes dos artigos 24 e seguintes da Constituição portuguesa, relativas aos direitos fundamentais, embora possam produzir efeitos nas relações entre os particulares, são oponíveis ao Estado, no exercício do seu *jus imperii*. Todavia, apesar dessas diferenças conceituais, Capelo de Sousa afirma que, em face do reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, há uma tendência de os direitos de personalidade serem tutelados no plano

Também J.J. Gomes Canotilho afirma que muitos dos direitos fundamentais são também direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Entre os direitos de personalidade, aponta os direitos de cidadania, os direitos sobre a própria pessoa, que compreenderiam o direito à vida, à integridade moral e física e à privacidade; os direitos distintivos da personalidade, entre eles o direito à identidade pessoal e à informática e muitos dos direitos de liberdade, como a liberdade de expressão. Entretanto destaca que em face da conceção de um direito geral da personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir” (Orlando de Carvalho), cada vez mais “os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”¹²¹.

Carlos Henrique Bezerra Leite¹²² perfila entre os doutrinadores que sustentam a diversidade de conteúdo entre os direitos humanos e os direitos de personalidade, ao afirmar que os direitos de personalidade são espécie de direitos humanos, pois todo direito de personalidade é um direito humano, inerente à pessoa, mas nem todo direito humano (entre eles os direitos políticos, sociais e meta-individuais) é direito de personalidade.

Para Flávia Piovesan e Rômulo Russo Júnior¹²³, os direitos de personalidade são inerentes à condição humana considerada nos planos físico e moral. Entretanto, o objeto dos direitos de personalidade não é o sujeito de direitos e obrigações nem o bem material da vida, mas sim os que derivam da personalidade física e moral¹²⁴.

Vê-se, portanto, que os direitos de personalidade possuem a vocação de proteção efetiva da pessoa humana. Não uma proteção parcial, mas integral, contemplando a

constitucional, como direitos fundamentais. (In SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O direito geral de personalidade**, p. 584-585. Coimbra: Coimbra Editora S/A., 2011 (reimpressão).

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 396. 7.^a edição, 16.^a reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹²² LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Os Direitos da Personalidade** na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. In BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Coord) - **Aspectos polêmicos e Atuais do Direito do Trabalho**, p. 43. São Paulo: Editora Ltr, 2007.

¹²³ PIOVESAN, Flavia; RUSSO JUNIOR, Rômulo - Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, p. 13. In FILOMENO, José Geraldo Brito [et al] (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

¹²⁴ Gilberto Haddad Jabur, ao tratar dos direitos que denomina de personalíssimos, ressalta que, quanto à proteção humana, há uma dupla maneira de se buscá-la. Pela primeira, busca-se a salvaguarda de um bem geral e de ordem pública, em que as interferências se produzem, em princípio, contra o Estado. Na segunda, embora essa proteção também seja de interesse público, as relações estão confinadas na órbita privada e essa proteção é intentada contra o particular. Assim, direitos que resultam da mesma condição humana assumem dois papéis. O aspeto público, por meio da Constituição Federal, pelas normas penais e administrativas correspondentes, é, de uma borda, o arrimo primeiro dos direitos fundamentais. Também, o mesmo texto constitucional “mediante pertinente regulamentação civil, comercial e laboral que comporta também serve de fundamento aos direitos privados”. Portanto, para o citado autor, os direitos da personalidade receberiam a denominação de direitos subjetivos privados; por sua vez, os direitos fundamentais seriam subjetivos públicos. (IN JABUR, Gilberto Haddad - **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre direitos da personalidade**, p. 78-80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.)

pessoa humana não apenas em sua dimensão física, mas também nas dimensões psicológica, social e no ambiente em que vive.

Por oportuno, impende destacar que, ao tratar dos direitos de personalidade, a doutrina, como regra geral, se limita à análise dos temas que dizem respeito à vida e à integridade física, à honra, à imagem e à intimidade, enfatizando que tais direitos se referem aos bens e aos valores essenciais da pessoa humana, no seu aspeto físico, moral e intelectual.

Embora possuam conteúdo similar e, portanto, sejam vocacionados a garantir a tutela da dignidade da pessoa humana, tem-se que, da mesma forma, os denominados direitos humanos e os rotulados de direitos fundamentais não são tecnicamente os mesmos, também não os são os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais se destinam a proteger o ser humano contra a ação do Estado, já os de personalidade teriam por sujeito passivo outro particular, no âmbito das relações privadas.

Constatam-se, portanto, notórias divergências nas posições adotadas por diversos e consagrados doutrinadores, embora quase todas as posições sustentadas possuam respeitáveis fundamentos históricos e científicos.

Com o devido respeito aos que pensam de forma contrária, a rotulação desses direitos – sem olvidar a importância de que se reveste a distinção acadêmica – parece ser questão menos importante do que a sua efetiva implementação e concretização.

Para os efeitos desta pesquisa, adotar-se-á posicionamento de se rotularem de direitos humanos aqueles que emanam dos direitos naturais, dos normativos e dos princípios internacionais (sejam de *hard* seja de *soft law*)¹²⁵, estejam ou não positivados. Utilizar-se-á a expressão direitos fundamentais ou direitos humanos fundamentais para aqueles direitos subjetivos públicos, consagrados e positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, bem como para aqueles direitos que, mesmo não previstos no texto constitucional, estão ligados aos denominados princípios constitucionais materialmente fundamentais e destes emanam.

Denominar-se-á de direitos de personalidade aqueles que têm como sujeito

¹²⁵ Miguel Santos Neves assevera que a *soft law* “corresponde a um processo de produção de *standards* normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem carácter vinculativo e a cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas”. Portanto, sob a perspectiva jus positivista, a *soft law* e a *hard law* (normas de carácter rígido) estariam em polos opostos, numa lógica binária de vinculatividade/não vinculatividade. Todavia, aduz que, sob a perspectiva construtivista, que encontra em Dworkin, um dos principais expoentes, não há diferença qualitativa entre *soft law* e *hard law*, mas sim uma profunda interação entre formas distintas, em que em muitas hipóteses são complementares de regulação social. (In NEVES, Miguel Santos - **Direito internacional da água e conflitualidade internacional**: implicações do reconhecimento da água como direito humano. [Em linha]. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 261-291. [Consult. 11 Set. 2019] Disponível em [www<URL://http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1>](http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1)).

passivo outro particular, no âmbito das relações privadas, e que visam à proteção da completa integridade da pessoa humana, em suas dimensões física, intelectual e moral, mesmo que se enquadrem ou sejam rotulados por outras Escolas como direitos humanos ou direitos fundamentais.

1.6 Direitos Humanos e Direito do Trabalho

O que o Direito do Trabalho tem a ver com os direitos humanos? Lelio Bentes Correa¹²⁶ afirma que é possível buscar a resposta em diversos documentos internacionais, entre eles, no artigo 23 da DUDH, em que estão consagradas garantias, segundo as quais todo ser humano tem direito – além de outros meios de proteção social – ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, assim como à igual remuneração por igual trabalho e à remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana. Da mesma forma, também no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e nas normas da Organização Internacional do Trabalho.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, além de ratificar os direitos constantes no artigo 23 da DUDH e determinar aos Estados que criem condições para a sua implementação, consagrou outras garantias para os trabalhadores: a orientação e a formação técnica e profissional, bem como programas de desenvolvimento que permitam o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais (art. 6.º, § 2.º); garantia às mulheres de condições de trabalho não inferiores às dos homens e à mesma remuneração que eles, por trabalho igual (art. 7.º, n.º 2); condições de trabalho seguras e higiênicas (art. 7.º, n.º 3), e melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente (art. 12, n.º 2); igualdade de oportunidade para promoção no emprego, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade (art. 7.º, n.º 5); descanso, lazer, limitação razoável das horas de trabalho, férias periódicas remuneradas, e remuneração dos feriados (art. 7.º, n.º 6); direito de fundação e livre filiação sindical; direito dos sindicatos a se organizarem e criarem federações, confederações e organizarem-se internacionalmente, exercendo livremente suas atividades; o direito de greve (art. 8.º); proibição e previsão de punição para o trabalho de crianças e adolescentes, em condições nocivas à moral, à saúde ou em que se corra perigo de

¹²⁶ CORRÊA, Lelio Bentes - Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan-mar. 2009, p. 56. Porto Alegre: Magister Editora.

vida, ou que prejudiquem o desenvolvimento normal, bem como a recomendação de que os Estados devem estabelecer limites de idade (art. 10).

Aduz, ainda, Lelio Bentes Corrêa que, em 1944, antes do fim da Segunda Guerra mundial, a Conferência Internacional da Filadélfia ao proclamar “novos objetivos e uma nova ótica sobre o mundo do trabalho, muda o foco de atuação da OIT, para posicionar o ser humano no centro de suas preocupações”. Na Declaração da Filadélfia, proclamou-se que o trabalho não é uma mercadoria, a liberdade sindical, além de reconhecer-se “um dever de solidariedade das nações desenvolvidas para com aquelas menos desenvolvidas, visando a assegurar condições dignas de existência a todos os trabalhadores”. Com a Declaração da Filadélfia, a OIT assumiu o compromisso com a promoção dos direitos humanos. Este compromisso foi reafirmado, de forma contundente, com a adoção da Declaração dos Princípios Fundamentais do Direito do Trabalho, em 1988. Por esta Declaração, os Estados, tão somente pela condição de membros da OIT, se obrigam com os referidos princípios que consistem em não discriminação, combate ao trabalho escravo, erradicação do trabalho infantil e liberdade de associação e de negociação coletiva¹²⁷.

Maurício Godinho Delgado sustenta que, ao lado do Direito de Seguridade Social, o Direito do Trabalho corresponde à dimensão mais significativa dos Direitos Humanos. Isto porque estes ramos do Direito permitem que os Direitos Humanos ganhem mais espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, que são ligadas à dimensão da liberdade e à intangibilidade física e psíquica da pessoa humana. Na medida em que o Direito do Trabalho permite a inserção das pessoas no sistema socioeconômico capitalista, também cumpre o papel de assegurar às pessoas um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas.¹²⁸ Na mesma linha de entendimento, Gabriela Neves Delgado, ao tratar dos princípios de Direitos Humanos como postulados básicos dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos, indica que o valor-fonte desses princípios é a dignidade do ser humano, porque constitui um valor de referência do pensamento jurídico e político moderno e partindo da compreensão de que o ser humano “é o centro convergente dos Direitos Humanos”.¹²⁹

Carlos Henrique Bezerra Leite sustenta que o Direito do Trabalho é um direito humano porque é reconhecido nos documentos internacionais, desde o Tratado de Versalhes,

¹²⁷ CORRÊA, Lelio Bentes - Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan-mar. 2009, p. 57-58. Porto Alegre: Magister Editora.

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de direito do trabalho**. 16.ª ed. p. 86-87. São Paulo: LTr. 2017.

¹²⁹ DELGADO, Gabriela Neves - Direitos Humanos dos Trabalhadores: Perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 77, n.º 3, jul/set., p. 67.

de 1919. Entretanto, ressalta o autor que não é qualquer trabalho que deve ser considerado como um direito humano e fundamental, mas apenas o trabalho que dignifique a pessoa humana, sendo necessários os requisitos de um trabalho digno e decente “como valor fundante de um ordenamento jurídico, político, econômico e social”¹³⁰.

Na atual conjuntura socioeconômica, o maior desafio do Direito do Trabalho é permitir o desenvolvimento social dos trabalhadores, garantindo-lhes um mínimo de seguridade, melhorando as condições das camadas mais pobres da população e colaborando para o processo de distribuição de rendas. Nesse contexto o Direito do Trabalho surge como a coluna vertebral, o motor destinado a amenizar os mencionados efeitos deletérios. Logo, é “por intermédio da construção dos valores fundamentais dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho, que haverá um alargamento e consciência de novos direitos mediante uma luta única, solidária e própria da dignidade e valorização da pessoa humana do trabalhador”. Inegável que a realização de uma condição mínima fundamental de uma subsistência física e intelectual do homem, elemento essencial ao Estado de Direito Democrático, por meio do Direito do Trabalho, tornará concreto o comando contido no primeiro considerando da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienável é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”^{131 132}.

A denominada Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pelos catálogos de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, culturais e sociais) estabelece um conjunto de ferramentas normativas, destinadas à proteção dos trabalhadores e do trabalho digno, que, em razão de sua estreita vinculação aos direitos humanos dos trabalhadores, se constitui em uma Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas. Entre os normativos que compõem esta Carta, destacam-se a DUDH (com direitos e garantias na esfera individual, coletiva e de seguridade social), as quase duas centenas de Convenções Internacionais da

¹³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 37-38. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹³¹ ALVARENGA, Rubia Zanotelli de - **O Direito do Trabalho como dimensão dos Direitos Humanos**, 2 p. 71-73. São Paulo: LTr, 2009.

¹³² Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado destacam que a DUDH, de 1948, introduziu inovações, com o intuito de igualar a importância do catálogo dos direitos civis e políticos com o catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como estabelecer a inter-relação, a indivisibilidade e a interdependência entre esses direitos. Assim, nesse contexto, pode-se afirmar que “o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social”. (In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017, p. 67. São Paulo: LTr, 2017.)

OIT¹³³ (ratificadas por inúmeros Estados), a Declaração da Filadélfia (que fixou os fins e os objetivos da OIT e arrolou os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho¹³⁴) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (diversos direitos trabalhistas já citados neste tópico), adotado pela XXI Assembleia Geral da ONU, em 1966¹³⁵.

As dimensões da dignidade humana, da cidadania e da justiça social, valores que permeiam os Direitos Humanos, encontram ampla receptividade na seara do Direito do Trabalho. Ao preconizar e normatizar o trabalho digno, favorecer a inclusão social, permitir o desfrute de bens materiais e a participação dos mecanismos de distribuição de rendas, e, também, facilitar a consolidação da identidade individual, a emancipação coletiva e a participação sociopolítica do trabalhador, o Direito do Trabalho irá concretizar e materializar os postulados básicos dos Direitos Humanos.

¹³³ Merece destaque a denominada Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais e seu Seguimento, de 1988, que ressalta os direitos à liberdade de associação e negociação coletiva (Convenções n.ºs 87 e 98); o direito à eliminação de todas as formas de trabalho forçado e em condições análogas à escravidão (Convenções n.ºs 29 e 105); o direito à erradicação do trabalho infantil (Convenções n.ºs 138 e 182) e o direito à eliminação da discriminação quanto ao emprego e à ocupação (Convenções n.ºs 100 e 111). (In OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento.** [Em linha]. [Consult. 10 Jun. 2018]. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS_336958/lang--pt/index.htm).

¹³⁴ O primeiro princípio estabelece que “o trabalho não é uma mercadoria”; o segundo preconiza “a liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto”; o terceiro dispõe que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo, para a prosperidade geral”, e o quarto princípio expressa que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”. (In DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017, p. 69-70. São Paulo: LTr, 2017).

¹³⁵ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves - **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017, p. 68. São Paulo: LTr, 2017.

Capítulo 2 – Direitos Fundamentais

2.1 Considerações iniciais

2.1.1 Origens

Discorrer sobre a origem, natureza e evolução dos direitos fundamentais é tarefa por demais controvertida e complexa. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁶, este tema justificaria a realização de um curso completo, com a redação de diversas monografias e teses, pois a história dos direitos fundamentais é também uma história de limitação do poder e desagua no surgimento do Estado Constitucional, cuja essência reside no reconhecimento e na proteção da dignidade e dos direitos fundamentais dos seres humanos. Da análise da literatura especializada, constata-se que não há investigação histórica segura para se afirmar com relativa segurança a época do reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto tais. Mas, segundo Mauro Vasni Paroski¹³⁷, a doutrina majoritária parte de algum estatuto jurídico gerado na Idade Média, traçando sua evolução até a época atual.

Klaus Stern¹³⁸ e Ingo Wolfgang Sarlet apontam as três fases históricas percorridas pelos direitos fundamentais: i) a fase pré-histórica, que se estende até o século XVI; ii) a fase intermediária, que compreende o ciclo da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; iii) a fase de constitucionalização, que teve início em 1776, com as declarações de direitos dos novos Estados da América do Norte¹³⁹.

Para se tratar das origens dos direitos fundamentais há de se fazê-lo guardando coerência com a posição adotada quanto à terminologia e com o que se entende por direitos humanos, por direitos fundamentais e por direitos de personalidade. No capítulo anterior, adotou-se a posição de que os direitos fundamentais, ou direitos humanos fundamentais, são aqueles direitos subjetivos públicos, consagrados e positivados nos ordenamentos jurídicos – e aqui se leiam nas Constituições – dos Estados.

Partindo dessa premissa e da classificação estabelecida por Klaus Stern, a gênese dos direitos fundamentais (ou direitos humanos fundamentais) foi a fase de constitucionalização desses direitos. Entretanto, também há controvérsia doutrinária quanto ao

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 36. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹³⁷ PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 107. São Paulo: LTr, 2008.

¹³⁸ STERN, Klaus. *Das Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie*, p. 56. vol. III/1, München: C.H. Beck, 1988.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 37. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

início da denominada fase de constitucionalização. A paternidade dos direitos fundamentais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é “disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789”. Mas, “é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”, visto que as posteriores declarações americanas apenas incorporaram “os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII”.

Ressalta ainda Ingo Sarlet a relevância e a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, originária da revolução francesa, que sepultou o antigo regime e levou os burgueses ao poder na França. Destaca o citado autor que a preocupação com o social e o princípio da igualdade sedimentou-se na Constituição Francesa de 1791 e, principalmente, na Constituição Jacobina de 1793, com forte inspiração de Rousseau, quando foram reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados^{140 141}.

Quanto à formação da teoria dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento assevera que a doutrina contemporânea desses direitos possui raízes no final do século XIX, na influente teoria dos direitos públicos subjetivos de autoria de George Jellinek, na qual, em uma concepção individualista, sustentou que esses direitos não eram direitos naturais e inatos, que antecederiam ao poder estatal, mas se tratava de autolimitação do poder estatal, gerando pretensões do indivíduo perante o Estado, limitadas essas pretensões aos marcos estabelecidos em lei. A teoria de Jellinek (concepção do direito sob uma perspectiva individual e exclusivamente subjetiva) justificava-se diante da ambiência cultural da época, diante do paradigma jurídico vigente no Estado Liberal¹⁴².

Daniel Sarmento afirma que a concepção individualista dos direitos fundamentais sofreu as primeiras fissuras a partir da Constituição de Weimar e, em especial, com a teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt e a teoria da Constituição como

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 43-44. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹⁴¹ Hermano Queiroz Júnior – louvando-se nos ensinamentos de Jorge Miranda (In MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**, p. 22. 3.^a ed. Tomo IV, **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.) e José Adércio Leite Sampaio (In SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 208-210.) – destaca a relevância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França-1789) e das declarações das colônias norte-americanas como pilares do constitucionalismo moderno e contemporâneo. Isso porque ficaram “um marco definitivo na positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais que lhe sucederam”, contribuindo de “forma decisiva com a afirmação do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa”. (In QUEIROZ JÚNIOR, Hermano - **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 44-45.)

¹⁴² SARMENTO, Daniel - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 258-259. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

integração, de autoria de Rudolf Smend. Para Carl Schmitt, as Constituições não deveriam proteger apenas os direitos individuais, mas também certas instituições (de direito público), ou institutos de direito privado, visando a protegê-los do legislador e do Estado, impedindo assim a supressão deles ou a ofensa ao seu conteúdo especial. Na teoria da Constituição como integração, que representa o antecedente mais próximo da conceção axiológica dos direitos fundamentais em uma dimensão objetiva, Rudolf Smend sustentou que a função essencial da Constituição é “promover a integração da comunidade, o que só é possível a partir da tutela de valores, que sejam vividos e socialmente compartilhados”. Para Smend, o essencial em uma Constituição “são os valores fundamentais em que esta se apoia, e a principal fonte desses valores encontra-se nos direitos fundamentais”¹⁴³.

Embora o tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tenha raízes na Constituição de Weimar (1919), os seus conceitos só vieram a se tornar mais claros na doutrina e na jurisprudência alemã do pós-Segunda Guerra, sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Foi a partir dos horrores do Holocausto que os juristas alemães se voltaram para o estudo dos direitos humanos, quando o princípio da dignidade da pessoa humana alcançou o ápice da pirâmide axiológica na ordem constitucional (artigo 1.º)¹⁴⁴.

2.1.2 Terminologia e conceitos

Assim como se dá em relação às origens, também não há consenso – por enquanto – nem na doutrina, nem no direito positivo (constitucional ou internacional), acerca da terminologia e do conceito dos direitos fundamentais. Diversos são os termos adotados, conforme destacado no Capítulo 1, item 1.3. Como exemplo, aponta-se a Constituição Brasileira de 1988, caracterizada, no particular, por diversidade semântica, visto que no artigo 4.º, II, fala-se em prevalência dos “direitos humanos” como princípio das relações internacionais; “direitos e garantias fundamentais”, na epígrafe do Título II e § 1.º do artigo 5.º; “direitos e liberdade constitucionais” (artigo 5.º, LXXI); “direitos e garantias individuais” (artigo 60, § 4.º, IV) e “direitos da pessoa humana” (artigo 34, VII, b)^{145 146}.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 259-261. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 257. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁴⁵ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 29. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁴⁶ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, em relação ao termo “direitos fundamentais”, o legislador constituinte brasileiro buscou inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de

José Adércio Leite Sampaio afirma que existe confusão terminológica¹⁴⁷ e hiperonímia para os termos utilizados, mas revela-se simpático à ideia de consenso com que vêm acenando alguns teóricos. Os contratualistas, bem como os deontológicos¹⁴⁸, utilizavam as expressões direitos naturais, direitos inatos ou direitos originários tanto para destacar sua precedência ao pacto social, quanto para revelar sua originalidade humana. Aduz Sampaio que os positivistas dos anos oitocentos, ao recusarem as ideias jusnaturalistas, preferiram, na França, a utilização da expressão liberdades públicas, ainda que falassem de direitos individuais ou de liberdades individuais. Na Alemanha, o termo ‘direitos fundamentais’ (*Grundrechte*) significava “posições ou situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como autolimitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado”.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁹, a expressão ‘direitos fundamentais’ deve ser aplicada para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado. Por sua vez, a expressão ‘direitos humanos’ deve ser

1976, rompendo uma tradição em nosso direito constitucional positivo. Aduz ainda que a moderna doutrina constitucional, com algumas exceções, vem repudiando a utilização de termos como liberdades públicas ou fundamentais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, direitos civis e outros, pois são anacrônicos e estariam “divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito”. (In SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 28. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.) (In RAMOS, Brasilino Santos. **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 29. São Paulo: LTr, 2012).

¹⁴⁷ Segundo SAMPAIO, há confusão terminológica na França, nos Estados Unidos, no direito constitucional comparado, no direito internacional e também no Brasil. Na Europa, a expressão “direitos fundamentais” é adotada na Alemanha, na Espanha, em Portugal, em Mônaco, na Irlanda, na Holanda, na Suécia, na Finlândia, na Estônia, na República Checa, na Moldávia, na Hungria, na Macedônia, na Romênia, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem. Na África, há também o emprego mais generalizado do termo “direitos fundamentais”. Na Ásia, a expressão “direitos fundamentais” é utilizada em Bangladesh, na China, na Coreia do Norte, na Índia, em Laos, nas Ilhas Maldivas e no Nepal; no Taiwan, emprega-se o termo “direitos do povo” e, no Japão, “direitos humanos fundamentais”. Os textos constitucionais americanos majoritariamente adotam a expressão “direitos fundamentais” (Antígua, Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Colômbia, Dominica, El Salvador, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, Peru, São Cristóvão, Névis, São Vicente, Gerandinas, Suriname, Trinidad e Tobago), encontrando-se também outras expressões, como “direitos políticos” (Canadá), “direitos constitucionais” (Chile), direitos e garantias individuais, direitos e garantias sociais. (In SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**, p. 7-16. 2.^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010).

¹⁴⁸ Denominam-se contratualistas os pensadores que afirmavam que a origem do Estado e/ou da sociedade se encontrava em um contrato, ou seja, as relações jurídico-sociais deviam ser estipuladas previamente em um contrato social, no qual eram estabelecidos os direitos e deveres das partes (Estado e cidadãos) envolvidas nessa relação. Os pensadores deontológicos são denominados dessa forma por adotarem a deontologia, ou seja, o ramo da ética que estuda os fundamentos do dever, assim entendido o conjunto de princípios e regras de conduta e das normas morais. Exemplificando, a deontologia de Kant tinha dois pilares básicos: a razão prática e a liberdade. (In RAMOS, Brasilino Santos. **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 29. São Paulo: LTr, 2012).

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 29-31. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

utilizada para aqueles direitos que derivam dos documentos de direito internacional “por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos”, reveladores de um inequívoco caráter supranacional.

Ingo Sarlet afirma que os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e restrito que os direitos humanos (de contornos mais amplos e imprecisos) e se constituem no “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”.

Na esteira dessa compreensão, Otfried Höffe¹⁵⁰ afirma que os direitos humanos, antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, integravam uma espécie de moral jurídica universal. Da mesma forma, Jurgen Habermas¹⁵¹ e Marcelo Campos Galuppo¹⁵² sustentam que os direitos fundamentais (positivados constitucionalmente) não podem ser entendidos “como verdades morais dadas previamente, mas como construções sujeitas à revisão”, da mesma maneira que a autonomia política não se confunde com a autonomia moral.

Para Jorge Bacelar Gouveia, os direitos fundamentais se constituem em “posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional”. Ao ressaltar que os direitos fundamentais, tanto na sua gênese quanto na sua evolução, devem ser compreendidos em um contexto dicotômico “entre o Poder e a Sociedade”, destaca que ocupam posição cimeira na pirâmide da ordem jurídica estatal, em observância aos valores que o Direito constitucional transporta. O autor aponta ainda os três elementos constitutivos dos direitos fundamentais: o elemento subjetivo (os titulares desses direitos), o elemento objetivo (a cobertura do conjunto de vantagens alusivas aos objetos e aos conteúdos protegidos pelos

¹⁵⁰ HÖFFE, Otfried - **Derecho Intercultural**. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 166-169.

¹⁵¹ HABERMAS, Jurgen - **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1998, p.138.

¹⁵² GALUPPO, Marcelo Campos - O que são os direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

direitos fundamentais) e o elemento formal (a consagração dessas posições em nível constitucional)¹⁵³.

Apesar de reconhecer os conteúdos distintos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que a maioria das Constituições do período posterior à Segunda Guerra inspiraram-se na DUDH, de 1948, bem como em outros documentos internacionais e regionais que a sucederam. Este mecanismo conduz a um “processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional”¹⁵⁴.

Para José Adércio Leite Sampaio, a DUDH, de 1948, abriu para a dogmática constitucional, a partir da Alemanha “um jogo de definição que restringe ‘direitos humanos’ ora ao plano filosófico, ora à sua dimensão internacional, expressando os direitos de uma comunidade estatal concreta, mais especificamente como ‘direitos fundamentais’”. O autor afirma ainda que os direitos humanos, que tiveram seu começo com a DUDH, seriam aqueles que não conhecem fronteiras nacionais, contexto social, comunidades éticas, aplicando-se a todas as nações. Por sua vez, os direitos fundamentais são aqueles juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos) [...]”¹⁵⁵.

A corroborar o entendimento majoritário na doutrina, J.J. Gomes Canotilho afirma que “os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹⁵⁶.

Willis Santiago Guerra Filho afirma que os direitos fundamentais são fixados por intermédio de normas jurídicas positivas¹⁵⁷.

Jorge Miranda afirma que os direitos fundamentais implicam a existência de três pressupostos. O primeiro, a relação entre as pessoas e o poder político, pois não há direitos fundamentais sem Estado que respeite e proteja esses direitos. O segundo pressupõe

¹⁵³ GOUVEIA, Jorge Bacelar - Direitos Fundamentais. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 127-128. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2013.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 32. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹⁵⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**, p. 8. 2.^a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 393. 7.^a ed. 16.^a reimpr. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2003.

¹⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago - Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In GUERRA FILHO, Willis Santiago, Coord. **Dos Direitos Humanos aos direitos fundamentais**, p. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

uma esfera própria de autonomia das pessoas ante o poder, pois não há de se falar em direitos fundamentais em regimes políticos totalitários. O terceiro pressuposto é a existência de uma Constituição “como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade”, ainda que acompanhadas de fontes jurisprudenciais e consuetudinárias¹⁵⁸.

Ao sustentar que os direitos fundamentais repousam sobre o valor básico do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, possuindo um forte componente histórico (valores de cada sociedade, cultura, crença, ambiente político autoritário ou democrático), Arion Sayão Romita conceitua esses direitos como “os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem, as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”¹⁵⁹.

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior¹⁶⁰ destaca que os direitos fundamentais, embora também sejam direitos humanos, são assim denominados, pois se encontram “na condição de fundamentos de uma ordem jurídica”, portanto são aqueles direitos “reconhecidos e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada país”.

Adota-se a posição de que a distinção entre direitos humanos como sendo aqueles previstos em normas e tratados internacionais e direitos fundamentais como apenas os que se encontram positivados na Constituição de um determinado país já se encontra ultrapassada. Cláudio Armando Couce de Menezes e outros sustentam que “também serão direitos fundamentais os que, mesmo não previstos na Constituição, estão ligados aos princípios dela, os chamados princípios materialmente fundamentais”¹⁶¹. No caso da Constituição Brasileira, infere-se das disposições insertas nos §§ 2.º e 3.º do artigo 5.º¹⁶² que também são direitos fundamentais os princípios por ela adotados.

Sem nenhum demérito ou quebra de reverência aos respeitáveis posicionamentos contrários, esta pesquisa filia-se à corrente doutrinária que compreende os direitos fundamentais ou direitos humanos fundamentais como aqueles direitos subjetivos públicos, não apenas que se encontrem consagrados e positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, mas também para aqueles direitos que, mesmo não previstos no texto

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 12-13. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

¹⁵⁹ ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 51. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁶⁰ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos - **A eficácia dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 23-24.

¹⁶¹ MENEZES, Cláudio Armando Couce de *et al.* - Direitos Humanos e Fundamentais, os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região**. Volume 42 - n.º 83 - julho/dezembro 2009, p. 63.

¹⁶² Anexo I. Brasil. Legislação. Constituição Federal.

constitucional, estão ligados e emanam dos denominados princípios constitucionais materialmente fundamentais.

2.2 Evolução e Classificação

2.2.1 Evolução

Segundo Paulo Bonavides¹⁶³, José Adércio Leite Sampaio¹⁶⁴ e Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior¹⁶⁵, o tcheco-francês Karel Vasak apresentou, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo (França), uma classificação dos direitos fundamentais, dividida em três fases, tendo em vista os relevantes momentos históricos e as inspirações axiológicas que a inspiraram. Segundo Vasak, a primeira fase surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e valorizava a liberdade; a segunda, em consequência dos movimentos sociais e da Revolução Russa de 1917, enfatizou a igualdade; e a terceira fase busca a reflexão acerca das atrocidades passadas pela humanidade na 2.^a Guerra Mundial e da onda de descolonização, portanto é marcada pelos valores da fraternidade¹⁶⁶.

Os direitos fundamentais passaram por distintas fases, marcadas por uma mutação histórica e por diversas transformações no seu conteúdo, na titularidade, eficácia e efetivação. A doutrina especializada tem se referido a essas fases evolutivas dos direitos fundamentais, como gerações ou dimensões. O termo geração, utilizado para significar as fases históricas dos direitos fundamentais, tem encontrado forte resistência na doutrina hodierna.

Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁶⁷, em evento associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, o qual foi realizado na Câmara dos Deputados, em Brasília/DF (Brasil), em 25 de maio de 2000, afirmou que não aceita a teoria de Karel Vasak¹⁶⁸, posteriormente adotada por Norberto Bobbio, acerca das gerações de direitos.

¹⁶³ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p.563. 26.^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 241.

¹⁶⁵ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos - **A eficácia dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 26.

¹⁶⁶ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 32. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁶⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm.

¹⁶⁸ Antonio Augusto Cançado Trindade informa ainda: “Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: ‘Por que você formulou essa tese em 1979?’. Ele respondeu: ‘Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição,

Sustenta Cançado Trindade que falta fundamento jurídico a esta teoria, que também “é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade”. Ademais, prossegue Cançado Trindade, aduzindo que o reconhecimento dos direitos individuais, em seguida dos direitos econômico-sociais e do direito de coletividade, ocorreu no âmbito do direito constitucional dos diversos países, pois, no âmbito do direito internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais¹⁶⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁰ entende que a expressão geração revela imprecisão terminológica. Isso porque o reconhecimento progressivo dos novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, expansivo, de fortalecimento e complementaridade, e não de alternância ou substituição, ao longo do tempo, de uns direitos por outros¹⁷¹.

Paulo Bonavides, apesar de utilizar o termo gerações para classificar os direitos fundamentais, ressalta, no que é acompanhado pela maioria dos doutrinadores, que o referido vocábulo pode e deve ser substituído, com vantagem lógica e qualitativa, pela expressão

então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa’ – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra ‘chavão’, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.”. (In TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm).

¹⁶⁹ Para fundamentar sua posição, Cançado Trindade afirma que, mesmo antes do surgimento das Nações Unidas, nos anos 20 e 30, foram editadas as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, “o direito ao trabalho, o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948”. Nesse contexto, “a expressão gerações é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprovar entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos”. Na verdade, quando surge um novo direito, o anterior não desaparece, pois o que há é “um processo de cumulação e de expansão do *corpus juris* dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os direitos anteriores”.

Finaliza Cançado Trindade destacando que essa concepção tem causado grande prejuízo à evolução dos direitos humanos. Exemplifica, apontando a questão da discriminação que comumente é combatida tão somente em relação aos direitos civis e políticos, mas “é tolerada como inevitável em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, porque são supostamente de segunda geração e de realização progressiva”. Com absoluto acerto aduz ainda que “vemos uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou mesmo de direitos políticos, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante”. Essa concepção de gerações de direitos está a convalidar esse tipo de disparidade.

¹⁷⁰ Ingo Sarlet relembra o entendimento de Perez Luño, “para quem o aparecimento de sucessivas dimensões de direitos fundamentais foi determinado justamente pela mutação histórica desses direitos”. Aduz ainda que, na doutrina pátria, foi Paulo Bonavides o primeiro a fazer alusão a essa imprecisão terminológica. Entretanto, até mesmo a expressão “dimensão” já encontra crítica. Arion Sayão Romita, *in* Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, sustenta que esse termo “se refere a um significado e função distinta do mesmo direito, e não de um grupo de direitos, razão pela qual prefere falar em ‘naipes’ ou ‘famílias’ de direitos fundamentais”. (In RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 33. São Paulo: LTr, 2012).

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 45. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

dimensão. Tal crítica se justificaria, pois, a rotulação de geração poderia sugerir mera sucessão cronológica, indicando uma suposta caducidade da “geração” de direitos que foi sucedida, o que não procede. Para o citado autor, todos os direitos dessas etapas evolutivas (direitos individuais, sociais, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade) “formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo o vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”^{172 173 174}.

Mauro Vasni Paroski¹⁷⁵ aduz que os direitos fundamentais vêm sendo constitucionalizados lentamente e ampliados de acordo com seu grau de indispensabilidade, tendo como foco central a dignidade da pessoa humana e as mais variadas exigências e transformações sociais, tecnológicas, econômicas, políticas e culturais, pois “o progresso em vários setores da vida em sociedade impõe o ritmo de ampliação dos direitos fundamentais”. Destaca ainda os efeitos negativos da globalização, mais evidentes nos países emergentes, com destaque para o aumento da miséria e da legião de excluídos, com a promoção da concentração e má-distribuição da renda, em flagrante prejuízo às médias e pequenas empresas, em favor dos interesses exclusivos dos governos dos países ricos e das grandes empresas. Assim, não há como negar que essas questões sociais e econômicas estão ligadas aos direitos fundamentais.

Jorge Miranda afirma que, embora o termo geração possa ajudar no entendimento histórico do aparecimento dos direitos fundamentais, referido termo “afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras”, quando ocorre o contrário, ou seja, há uma interpenetração mútua entre essas

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 571-572. 26.^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁷³ Na mesma linha de entendimento, Carlos Henrique Bezerra Leite destaca que essa distinção não é preciosismo, pois as gerações anteriores não são substituídas pelas mais novas, porque aqueles direitos nascidos em uma determinada época histórica, ao surgirem “em um dado ordenamento jurídico, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada, o que propicia a sua melhor realização”. (In LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2008, p.36).

¹⁷⁴ Hermano Queiroz Júnior também compartilha do entendimento anteriormente exposto, aduzindo que a utilização do termo “geração” poderia induzir ou sugerir que, ao longo da evolução, teria ocorrido apenas uma sucessão cronológica de categorias de direitos que se substituíram umas às outras, o que não procede, pois, na realidade, há uma “interpenetração mútua entre as sucessivas classes, com os direitos vindos de uma época recebendo os influxos dos novos direitos, em um processo de expansão cumulativo, de complementariedade”. Portanto, não procede a aparente alternância de substituição gradativa de uma “geração” por outra. (In QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 45.)

¹⁷⁵ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 112-113. São Paulo: LTr, 2008.

“gerações”, e os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos¹⁷⁶.

Nesta pesquisa, adota-se a posição de que é mais acertada a utilização do termo dimensão para identificar a sequência cronológica do reconhecimento e/ou da posituação dos direitos fundamentais em determinadas épocas. A expressão geração pode acarretar a errônea interpretação de que se trata de direitos que não se comunicam, como se fossem compartimentos estanques que se esgotariam diante do surgimento de outra “geração”. Ocorre o contrário, uma vez que a dimensão seguinte está lastreada sempre na anterior (cujos direitos não se esgotaram e continuam a vigor) complementando, validando, ratificando e integrando-se umas às outras.

2.2.2 Classificação

Extraí-se das lições de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁷ que são fontes inspiradoras e raízes das quais brotaram os direitos fundamentais de primeira dimensão a doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, o pensamento liberal burguês, de acentuado viés individualista, e as revoluções políticas do final do século XVIII. São, portanto, direitos do indivíduo ante o Estado os denominados direitos negativos. Destacam-se entre eles, por notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Nas palavras de Paulo Bonavides, esses direitos valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil¹⁷⁸.

José Adércio Leite Sampaio¹⁷⁹ classifica esses direitos em civis ou liberdades individuais, de participação política ou liberdades políticas. Entre as liberdades individuais, destacam-se a de consciência e religião, de expressão e imprensa, bem como os direitos de propriedade, à vida, à segurança, a proibição de prisões arbitrárias e o devido processo legal. Destaca o citado doutrinador que ao Estado compete, além do dever de abstenção o de prestação, a criação de instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo. Entre as liberdades políticas, direitos de inspiração democrática, incluem-se o de procurar um emprego público, ser jurado, ser testemunha, ser soldado e, até mesmo, de ser contribuinte.

¹⁷⁶ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 29. 2.^a edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 46-47. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**, p. 564. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁷⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 242.

Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁰, a denominada primeira dimensão dos direitos fundamentais consagrou os direitos políticos (de participação e reivindicação) e civis (proteção do particular contra o particular). Por meio dos direitos políticos, o Estado se obriga a “estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos à participação).” Os direitos civis se destinam a “proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção”¹⁸¹.

Vê-se, portanto, que a primeira dimensão dos direitos fundamentais trouxe a marca dos postulados das revoluções liberais, especialmente da Revolução Francesa, agregando ao conceito de vida a autodeterminação e a liberdade. Entendia-se que a capacidade de ser livre seria uma forma de igualar os homens. Autodeterminação e liberdade formal, com a interferência mínima do Estado na vida dos indivíduos. Esta concepção se compatibilizava com os preceitos do liberalismo, coerente com a ideia de que o Estado deve se manter afastado de tudo o que não seja essencial para a manutenção dos direitos individuais do homem, elevando-se os valores do individualismo, da liberdade e da propriedade. Competia ao Estado reconhecer e garantir o exercício desses direitos pelos indivíduos.

Segundo José Adércio Leite Sampaio¹⁸², o individualismo possessivo e o darwinismo social¹⁸³ decorrentes das transformações sociais e econômicas que ocorreram no

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**, p. 67. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁸¹ Mauro Vasni Paroski ressalta que não houve uniformidade na evolução e efetivação desses direitos nos diversos países. Ao contrário, foram constantes as variações, avanços e retrocessos, conforme o modelo de cada sociedade e o regime político implantado, embora tenham saído do mero reconhecimento para a efetivação e a concretização. Esses direitos fundamentais foram os primeiros a integrarem um instrumento normativo constitucional, coincidindo, historicamente, com a fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. (In PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 113. São Paulo: LTr, 2008, p. 112-113.)

¹⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 244.

¹⁸³ “O darwinismo social, decorrente das teorias evolucionistas de Darwin e de Spencer, considera que o conflito e a seleção natural dos mais aptos são condições da progressão social. Trata-se de aplicar ao mundo social os princípios de luta pela vida e pela sobrevivência dos melhores das sociedades animais, defendidos pela corrente evolucionista. A competição relativa à luta das espécies prolonga-se, assim, na vida social, explicando a mudança e a evolução das próprias sociedades.

O evolucionismo de Spencer é cauteloso, na medida em que o autor adverte que a evolução depende de ‘condições diversas’ que a favorecem ou inibem (relações do sistema social com o seu meio ambiente, dimensão da sociedade, diversidade, etc.). Spencer considera, igualmente, que os determinismos sociais são demasiado complexos; os indivíduos têm tendência a adaptar-se ao sistema social a que pertencem, do mesmo modo que as atitudes dos indivíduos facilitam ou inibem o aparecimento de determinado tipo social (o tipo ‘militar’ ou o tipo ‘industrial’, por exemplo).

O darwinismo social tornou-se um argumento a favor do individualismo econômico e político, contra o intervencionismo do Estado. Segundo Spencer, o Estado só deve, através do Direito, estabelecer as regras do mercado. Por sua vez, Durkheim, que segue o modelo evolutivo do darwinismo social, dando conta de tendências evolutivas na sociedade, considera (na sua obra *A divisão do trabalho social*) que o desenvolvimento do individualismo – que é uma consequência da complexidade crescente da divisão do trabalho – é um aspeto

final do século XIX e no início do século XX (especialmente as crises das relações sociais em face do modelo liberal de produção e da Revolução Industrial, os movimentos organizados das classes trabalhadoras influenciadas pelo marxismo e a proposta de uma sociedade comunista planetária sugerida pela Revolução Russa) foram os principais ingredientes que resultaram no surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais. A definição mais clara desses direitos seria externada na Constituição Mexicana de 1917, na Declaração de Direitos Russa de 1918, na Constituição Alemã de Weimar (1919) e, no Brasil, com a Carta Constitucional de 1934¹⁸⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁵ também ressalta que a constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não gerava garantia ao seu efetivo gozo tirou o Estado de sua posição passiva e abstencionista e o levou a um comportamento ativo na realização da justiça social, “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. Destaca ainda, louvando-se nas lições de Celso Lafer¹⁸⁶ e Paulo Bonavides¹⁸⁷, que a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, que propicia aos homens um “direito de participar do bem-estar social”, pois esses direitos se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, porque “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta em um sentido material¹⁸⁸.

Prossegue Ingo Sarlet, ao afirmar que, embora se refira aos “direitos econômicos, sociais e culturais da segunda dimensão”, a utilização da expressão social, para designar os direitos fundamentais de segunda dimensão, justifica-se, entre outras razões, porque eles são considerados uma densificação do princípio da justiça social e correspondem aos anseios das camadas sociais menos favorecidas (especialmente da classe operária), como uma forma de “compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior grau de poder econômico”. Portanto, esses direitos não se limitam apenas a serem de cunho positivo, mas também se compõem das denominadas “liberdades sociais”,

fundamental na passagem das sociedades tradicionais às sociedades modernas.” (In INFOPEDIA. **Darwinismo Social**. [Em linha]. Dicionários Porto Editora. [Consult. 17 Mai. 2018]. Disponível em [http://www.infopedia.pt/\\$darwinismo-social](http://www.infopedia.pt/$darwinismo-social)).

¹⁸⁴ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 35. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 47-48. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹⁸⁶ LAFER, Celso - **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, p. 127. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 518.

¹⁸⁸ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 35-36. São Paulo: LTr, 2012.

como por exemplo, a liberdade de sindicalização e a liberdade do direito de greve, além do “reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias, e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos”^{189 190}.

A segunda dimensão reclama e exige que se assegurem meios para o desenvolvimento sociocultural e econômico de toda a sociedade. Esses direitos sociais, segundo Luiz Guilherme Marinoni¹⁹¹, destinam-se a “conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos às prestações sociais)”. Não obstante se originarem nas Constituições do final do século XVIII, só vieram a ser contemplados no século XIX (de forma ainda tímida) e com maior ênfase no século XX, nas Constituições pós-Segunda Guerra Mundial¹⁹².

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que esses direitos fundamentais já haviam sido contemplados, ainda que embrionária e isoladamente, nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Imperial de Frankfurt de 1849, que não chegou a entrar em vigor¹⁹³.

Louvando-se no magistério de Paulo Bonavides¹⁹⁴, Hermano Queiroz Júnior¹⁹⁵ afirma que os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram e se consolidaram como demandas dos indivíduos pertencentes às classes menos favorecidas da população, a prestações sociais estatais, na área da assistência social, saúde, educação e também do

¹⁸⁹ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 36. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁹⁰ José Adércio Leite Sampaio sustenta que, conquanto a doutrina rotule os direitos de segunda dimensão apenas como sociais, também existem distinções, pois os direitos sociais propriamente ditos seriam, entre outros, o direito à educação, de instituir e manter família, à proteção da maternidade e da infância e ao efetivo gozo dos direitos de primeira dimensão. Entre os “direitos econômicos”, estariam incluídos os direitos trabalhistas, previdenciários, à assistência social, à saúde, à alimentação, ao vestuário e à moradia. A terceira subdivisão seria a dos “direitos culturais”, ou seja, ao “resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias”. Haveria, em alguns casos, linhas pouco nítidas entre alguns desses direitos, pois poderiam ser classificados, ao mesmo tempo, como sociais e econômicos e/ou cultural. Exemplifica o autor: “O direito à educação, listado como direito social estrito senso, é também econômico na educação profissional, técnica e mesmo em geral, como instrumento de repartição de riquezas, e é cultural como causa e consequência”. (In SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 244-245.) (In RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 36. São Paulo: LTr, 2012.)

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**, p. 67. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁹² RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 36-37. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 47. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 518.

¹⁹⁵ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano - **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, p. 48. São Paulo: LTr, 2006.

trabalho. Mauro Vasni Paroski sustenta que a doutrina do Estado Liberal, embora representasse um avanço em relação ao Estado Absolutista, levou a uma experiência insatisfatória, aumentando as diferenças sociais entre os indivíduos e os grupos sociais no campo das relações entre patrões e operários¹⁹⁶. Liberdade e igualdade – apenas formal – não garantiram o progresso econômico, social e individual, somente possível por meio de uma igualdade real de oportunidades de acesso a bens e valores fundamentais, com a melhoria das condições de vida e a construção de uma sociedade mais justa, pois esses direitos “têm forte e inseparável vínculo com o princípio da igualdade (real e não meramente formal), sua maior razão de ser”^{197 198}.

Os direitos fundamentais de segunda geração experimentaram uma fase inicial de mera previsão ou programaticidade constitucional, revelando-se, nessa fase de quase nenhuma efetividade. Posteriormente foram saindo das páginas das Cartas constitucionais e tornando-se realidade nas sociedades contemporâneas, criando efetividade, por meio de forte influência das democracias e do Estado de Bem-estar Social. É oportuno destacar que a positivação dos Direitos de primeira e segunda dimensão deu origem ao Constitucionalismo Social.

Se os direitos sociais de segunda dimensão foram conquistados em face do alto grau de exploração da classe trabalhadora, os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem como reação a dominação cultural e a exploração dos povos em desenvolvimento pelas nações desenvolvidas e contra as próprias injustiças e as opressões internas dos povos menos desenvolvidos, inclusive em vista das revoluções de descolonização ocorridas no período pós-Segunda Guerra Mundial¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Reportando-se ao magistério de Fábio Comparato (In COMPARATO, Fábio - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-53.) sobre a garantia formal do Estado Liberal de uma igualdade formal de todos perante a lei, PAROSKI destaca: “O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora”. Prossegue afirmando que “essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança”. (In PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 113. São Paulo: LTr, 2008, p. 115-116).

¹⁹⁷ PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 113. São Paulo: LTr, 2008, p. 114-116.

¹⁹⁸ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 37. São Paulo: LTr, 2012.

¹⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273-274.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais trata dos direitos de cooperação, fraternidade ou de solidariedade, com a efetiva promoção da paz, a preservação do meio ambiente (e aqui também se inclui o meio ambiente de trabalho) e a possibilidade de ampla comunicação. São, portanto, direitos que extrapolam a individualidade do cidadão para se projetarem, disseminarem-se e impregnarem-se nos grupos e na coletividade, alcançando toda a humanidade²⁰⁰.

Ortfried Höffe, discorrendo sobre a justiça entre as gerações, ressalta que o modo como o meio ambiente é transmitido à geração seguinte determina as oportunidades e os riscos dessa geração e será justo um contrato entre as gerações se à próxima não forem legadas hipotecas, ou seja, a exploração das fontes não renováveis não pode ser mais rápida do que o acesso a novas formas. Prossegue afirmando que a natureza pertence a cada geração, como se fosse um capital, cujos juros apenas poderão ser fruídos, deixando o capital intocável. Quem o utiliza deve fazer a reposição, pois este dever não deve se restringir ao meio ambiente natural, mas ao cultural, social e técnico, estendendo-se às conquistas na língua, na literatura, nas artes, na música, na arquitetura, na comunicação, na educação, na saúde, na qualidade arquitetônicas das cidades. Cada geração “deve cultivar uma poupança tridimensional, de modo nenhum apenas econômica”, mas também preservadora, investidora e preventiva, de impedimento de guerras, catástrofes ecológicas, colapsos econômicos e sociais. Conclui, entretanto, aduzindo que se vê um aumento das atuais despesas e uma diminuição dos investimentos para o futuro, pois “o presente vive a expensas do futuro”²⁰¹
²⁰².

José Adércio Leite Sampaio afirma que alguns pensadores restringem os direitos fundamentais de terceira dimensão a um só: “o direito ao desenvolvimento, com o objetivo de criar uma ordem internacional mais justa”. Mas, o que divide opiniões é o conceito de desenvolvimento. Todavia, segundo orientação traçada pelo Comitê Administrativo de Coordenação das Nações Unidas, desenvolvimento pode ser definido como^{203 204}:

[...] direito de todos, individual ou coletivamente considerados, de participação e gozo do

²⁰⁰ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 38. São Paulo: LTr, 2012.

²⁰¹ HÖFFE, Otfried - **Derecho Intercultural**. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 106-107.

²⁰² RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 38. São Paulo: LTr, 2012.

²⁰³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 274-275.

²⁰⁴ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 38-39. São Paulo: LTr, 2012.

desenvolvimento econômico, social, cultural e político, incluindo a soberania permanente sobre os recursos naturais e a autodeterminação (art. 1º), a participação popular (art. 2), iguais oportunidades (art. 8º) e promoção de adequadas condições de uso e gozo dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais (art. 6).

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁵ que a nota distintiva dos direitos de terceira dimensão, se encontra na titularidade coletiva ou difusa deles, “o direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção”. Sustenta ainda que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte desses direitos ainda não está positivada nas Constituições²⁰⁶, visto que se encontram ainda em fase de consagração no âmbito do direito internacional. Semelhantemente, o entendimento de José Adércio Leite Sampaio²⁰⁷, ao sustentar a constante presença desses direitos em documentos internacionais, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 27), a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1976) e, em 1981, a Carta Africana sobre Direitos do Homem e dos Povos²⁰⁸.

Segundo Norberto Bobbio, os direitos de terceira geração confirmam a “inexauribilidade dos direitos fundamentais”, gerados pela pós-modernidade, pela tecnologia e pela angústia crescente do ser humano, que reclama cada vez mais novos reconhecimentos e novas proteções, para fazer frente às novas carências. Assim, os direitos de terceira dimensão – como viver e trabalhar em um meio ambiente sadio – não poderiam ser concebidos quando o foram os direitos de segunda dimensão, porque tais exigências ainda não haviam aflorado como carência da sociedade²⁰⁹.

Valendo-se de Paulo Bonavides²¹⁰, Hermano Queiroz Júnior destaca²¹¹:

[...] malgrado a tenra idade que possuem os direitos fundamentais de terceira dimensão, quando comparados aos pertencentes às duas primeiras dimensões e posto que sua origem remonta ao período correspondente ao segundo pós-guerra, já se podem colher exemplos consensuais de

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 48-49. 10.ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

²⁰⁶ A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra, em seu artigo 4.º, entre os princípios pelos quais devem reger-se as relações internacionais, alguns dos direitos de terceira dimensão, tais como a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a defesa da paz e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Também o artigo 225 sustenta que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁰⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 278.

²⁰⁸ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 39. São Paulo: LTr, 2012.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**, p. 26. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 13.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523.

²¹¹ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano - **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, p. 49. São Paulo: LTr, 2006.

direitos fundamentais inseridos em referida dimensão, dentre os quais podemos citar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

Jorge Bacelar Gouveia afirma que o período cultural traduz a existência de uma terceira geração de direitos fundamentais, com o aparecimento de novos direitos, no último quartel do século XX. Esses direitos fundamentais se formaram em uma sociedade caracterizada pelo risco, pela globalização, pela informação e pela multiculturalidade. Sustenta o referido autor que um núcleo muito importante desses direitos se relaciona com o desenvolvimento da investigação científica em matéria de manipulação genética, e, em face do nível alarmante dessas pesquisas, há risco de destruição do homem e da própria civilização. Assim, torna-se indispensável a adoção de mecanismos de segurança da identidade genética humana, para preservar o ser humano desses indesejáveis avanços científicos e tecnológicos²¹².

Os direitos fundamentais de terceira dimensão se opõem, portanto, ao desordenado crescimento econômico e industrial, que tem gerado efeitos desastrosos, em flagrante e grave comprometimento da vida, “atingindo violentamente os recursos naturais e o meio ambiente, comprometendo a suficiência e a qualidade dos alimentos” e colocando sob risco a sobrevivência das gerações futuras²¹³.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, segundo José Adércio Leite Sampaio, ainda se encontram em fase de definição e, portanto, não despertam consenso na doutrina e, inclusive, para alguns estudiosos, seriam um desdobramento dos direitos de terceira dimensão, com especial destaque para a vida permanente e saudável na (e da) Terra. Nesses direitos também se incluiriam os limites e as restrições aos avanços da ciência, da biotecnologia, da manipulação genética e da bioengenharia²¹⁴.

No magistério de Norberto Bobbio, os direitos fundamentais de quarta dimensão dizem respeito aos avanços da engenharia genética “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”²¹⁵. Vê-se, portanto, que a exploração do patrimônio genético pode até pôr em risco a existência humana.

²¹² GOUVEIA, Jorge Bacelar - Direitos Fundamentais. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 129. Lisboa: Quid Juris? – Sociedade Editora Lda. 2013.

²¹³ PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 117-118. São Paulo: LTr, 2008.

²¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 278-279.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (tradução Carlos Nelson Coutinho), p. 9. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 (7.^a reimpressão).

Paulo Bonavides, um dos entusiastas dessa quarta dimensão, ressalta que a globalização política e econômica neoliberal, agindo sempre em proveito das hegemonias supranacionais, deve ser combatida com a globalização dos direitos fundamentais, o que equivaleria a universalizá-los, correspondendo “à derradeira fase de institucionalização do Estado social”. Esses direitos seriam sintetizados no direito à democracia (direta, materialmente possível graças ao avanço da tecnologia de comunicação e isenta das “contaminações da mídia manipuladora, do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder”, na qual o homem configurasse a presença moral da cidadania), no direito à informação e no direito ao pluralismo^{216 217 218}.

Hermano Queiroz Júnior²¹⁹ adverte que não há consenso na doutrina acerca da quarta dimensão dos direitos fundamentais, isso porque tais direitos não se encontram consagrados no âmbito do Direito Internacional. Não é demais lembrar que os direitos das outras dimensões não passaram a esta condição apenas depois de positivados, ao contrário, surgiram da necessidade dos anseios legítimos do homem, em decorrência do exercício de sua dignidade (premissa básica para todos os direitos fundamentais) e de sua cidadania. Entretanto, também se inclina e perfilha o entendimento de Paulo Bonavides²²⁰, aduzindo quanto a tal dimensão²²¹:

[...] surgiu como contraposição à globalização política neoliberal, vertente de pensamento desvestida de parâmetros axiológicos, movida pela ideia de transpor os direitos fundamentais para o campo institucional, em movimento que corresponderia à derradeira fase da institucionalização do Estado social.²²²

²¹⁶ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 26.^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 571-572.

²¹⁷ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 41. São Paulo: LTr, 2012.

²¹⁸ Comentando a proposta de Paulo Bonavides (In BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 526.) acerca da globalização dos direitos fundamentais, com esteio na democracia direta, informação e pluralismo, Ingo Wolfgang Sarlet (In SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 51. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.) ressalta que, ressalvadas algumas poucas exceções, essa proposta está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional e, por hora, não passa de “[...] justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica, o que aliás, se depreende das palavras do próprio autor citado, para quem, os direitos de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”. (In RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 41. São Paulo: LTr, 2012.)

²¹⁹ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano - **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**, p. 51. São Paulo: LTr, 2006.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524.

²²¹ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 41-42. São Paulo: LTr, 2012.

²²² Mauro Vasni Paroski afirma, a respeito dos direitos fundamentais de quarta dimensão “[...] estão quando muito num estágio embrionário. Ainda não foram acolhidos explicitamente pela ordem interna e

Ao eleger a paz como direito fundamental de quinta dimensão, Paulo Bonavides diz que Karel Vasak²²³, ao colocar a paz entre os direitos de terceira dimensão, o fez “de modo incompleto, teoricamente lacunoso”, pois deixou de desenvolver as razões que a elevam à categoria de norma. Assim, o direito à paz caiu em um esquecimento injusto, porque foi mencionado de forma ligeira, superficial e um tanto vaga, entre os direitos de terceira dimensão. Sustenta Paulo Bonavides que a “dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”. Para defender a paz como um direito fundamental que inauguraria uma nova dimensão, indica alguns documentos internacionais²²⁴ e o seu reconhecimento na doutrina e na jurisprudência²²⁵ de corte internacional sobre o relevante tema^{226 227 228}.

Jorge Miranda indica, de forma resumida, a evolução dos direitos fundamentais, referindo-se a quatro ou cinco dimensões²²⁹:

internacional. Esta constatação não significa que não possa haver, no contexto de uma ordem constitucional concreta, em algum lugar, argumentos para sustentar que estão subjacentes e implícitos. Porém, não gozando esses supostos direitos de quarta e quinta geração de emancipação e sequer detectada doutrinariamente uma defesa firme quanto ao seu reconhecimento, com maior razão não é possível falar-se em sua efetivação”. (In PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p. 120. São Paulo: LTr, 2008.)

²²³ VASAK, Karel - **Pour les droit de l’homme de la troisième génération: les droit de solidarité**. Leçon Inaugurale no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, Estrasburgo, 1979.

²²⁴ Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz (Resolução 33/1973, aprovada na 85.ª sessão Plenária da Assembleia Geral, em 15/12/1978); Resolução 128 (VI), de 27/4/1979, da Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL), e Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39 da ONU, de 12/11/1984.

²²⁵ Sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, em 8/9/2004, que declarou inconstitucional o ingresso daquela República na coligação de nações, lideradas pelos EUA, que se propunha a intervir no Iraque, caso o governo daquele país não cumprisse resoluções das Nações Unidas pertinentes à proibição de armas estratégicas que supostamente existiriam no território iraquiano.

²²⁶ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 580-593.

²²⁷ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 42. São Paulo: LTr, 2012.

²²⁸ Alguns autores apontam a existência de uma sexta dimensão dos direitos fundamentais, que seriam os direitos decorrentes da globalização (ou mundialização, como preferem os franceses), entre eles os direitos alusivos à democracia, à informação correta e ao pluralismo. Resultante da terceira revolução industrial (revolução tecnológica), que facilitou as comunicações, os transportes, bem como a rápida transferência de bens e serviços e que modificou, no século XXI, os paradigmas de produção e de diversas relações, entre elas as relações de trabalho, culminando com o capitalismo pós-industrial e uma forte adoção de um sistema político e econômico ultraliberal. A democracia, aqui entendida a democracia política, inspirada no artigo XXI da DUDH, pressupõe uma ampla integração entre o regime democrático e a efetividade dos direitos fundamentais. O direito à informação, nessa dimensão, não deve ser confundido com o direito individual de liberdade de informar e de ser informado, mas um direito coletivo, de todos serem informados, cujo reconhecimento encontra na democracia sua plena realização. (In ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 148-153. 5.ª ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.)

²²⁹ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 28. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

[...] a dos direitos de liberdade; a dos direitos políticos; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente, à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e, ainda, a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias.

2.3 Considerações constitucionais e doutrinárias

2.3.1 Sistema de proteção na União Europeia, em Portugal e no Brasil

2.3.1.1 Proteção na União Europeia

Carlos Proença ao analisar a conceção da tutela jurisdicional efetiva no direito na União Europeia sustenta que ela é mais abrangente do que a “proteção contenciosa do mesmo”. Isso porque, se os Tribunais nacionais desempenham papel imprescindível enquanto órgãos jurisdicionais comuns de aplicação do direito na União, “também as administrações públicas internas atuam frequentemente como extensão da administração europeia”. Prossegue o referido doutrinador aduzindo que a EU está dotada de uma instituição jurisdicional que exerce apenas parte do poder judicial, pois a Comissão (que se encarrega de grande parte das funções executivas e de administração), e o Parlamento (que exerce o poder legislativo conjuntamente com o Conselho), também contribuem para a defesa do direito na EU.

Portanto, aduz o Carlos Proença, que tais formas de proteção do direito, mesmo que não envolvam os Tribunais, estão asseguradas, diante da atuação de, pelo menos, uma instância de jurisdição “que tanto poderá ser uma das inseridas organicamente na EU, como uma das nacionais quando atuem como tribunais comuns de aplicação do direito da União ou juízes comuns do contencioso da EU em sentido amplo”.²³⁰

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco afirma que a Europa comunitária, ao tempo de institucionalização dos tratados iniciais, ao optar pela via da integração econômica, não parecia que necessitasse de um catálogo de direitos fundamentais ou sistemas processuais específicos à sua tutela. Entretanto, o caminho aglutinador da construção europeia, implicaria compromisso com aqueles direitos. Por outro lado, a nova ordem jurídica, destinada à tutela dos direitos fundamentais, deveria se sobrepor aos ordenamentos internos, exigindo uma “aplicação preferencial, e também pela forma como

²³⁰ PROENÇA, Carlos – **Tutela jurisdicional efetiva no direito na União Europeia**: dimensões teóricas e práticas. Tese (Doutoramento em Direito). [Em linha]. [Consult. 26 Jun. 2022]. Universidade de Coimbra 2014, p. 31-33. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/26659/1/Tutela%20jurisdicional%20efetiva%20no%20direito%20da%20União%20Europeia.pdf>.

implicava os indivíduos no processo integrativo”. Inicialmente esta metodologia de proteção aos direitos fundamentais teve papel destacado do Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio de sua jurisprudência. Todavia, destaca a doutrinadora, o momento mais expressivo da afirmação desses direitos se deu com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e sua posterior integração no Tratado de Lisboa²³¹.

O Tratado de Lisboa, firmado em 2007, o qual entrou em vigor em 1.º de dezembro de 2009, segundo Ana Maria Guerra Martins²³², surgiu na sequência do “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa” (TECE), que não chegou a entrar em vigor, diante dos referendos negativos da França e da Holanda, em 2005. A autora afirma que este instrumento normativo foi a “reforma possível” do Tratado da União Europeia (TUE) e, quanto à temática desta pesquisa, cumpre destacar a atribuição de valor jurídico vinculativo à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), com a nova redação dada pelo Tratado de Lisboa ao artigo 6.º, n.º 1, do TUE, *verbis*:

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados.²³³

O Tratado de Lisboa evidenciou e consolidou os resultados acumulados até então, inclusive aqueles decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Foi a partir desse instrumento que a União Europeia passou a ter um catálogo próprio, “vinculativo e obrigatório por si mesmo, e não apenas por via de aplicação jurisprudencial, embora muitas disposições de direitos fundamentais continuem a encontrar-se no teor dos tratados”. Por gozar da mesma força jurídica dos tratados os novos comandos normativos, “deve primar sobre o direito interno dos Estados e sobre o direito derivado ou secundário, passando a ser seu parâmetro de validade”^{234 235}

²³¹ PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro - O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia – Entre a autonomia e o compromisso. **JULGAR**, n.º 14 - Maio/Agosto 2011, p. 11-12. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

²³² MARTINS, Ana Maria Guerra - O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação? In MIRANDA, Jorge - Prof. Doutor (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**, Vol. I. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 58-61. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010.

²³³ Prossegue Ana Maria Guerra Martins, destacando que, não obstante o sucesso alcançado pela CDFUE, um dos seus principais objetivos, a sua inserção no TUE, não foi alcançado, o que só veio a ocorrer com a nova redação ao artigo 6.º, n.º 1, em decorrência do Tratado de Lisboa.

²³⁴ PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro - O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia – Entre a autonomia e o compromisso. **JULGAR**, n.º 14 - Maio/Agosto 2011, p. 21. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

²³⁵ Outro ponto relevante do Tratado de Lisboa (TL) foi a nova redação do artigo 6.º, n.º 2, do TUE, que atribuiu competência à União para a adesão à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH). Segundo

Ressalte-se a doutrina de Andreia Morgado Duarte²³⁶. A citada doutrinadora, na conclusão de uma pesquisa cuja especificidade temática foi o compromisso de adesão da EU à CEDH, destaca:

a – o TJUE tem desempenhado satisfatoriamente suas funções de tutela dos direitos fundamentais “quando submetidos a juízo atos individuais e concretos (decisões) dirigidos aos particulares”. Entretanto, ele não se pode dizer quanto aos “atos normativos gerais e abstratos, suscetíveis de lesar os particulares nos seus direitos fundamentais, a proteção é colocada em causa uma vez que se revela difícil, ou mesmo impossível, demonstrar o caráter individual lesivo de direitos fundamentais resultante da execução de tal ato”;

b – o TL estabeleceu que somente o TJUE fosse competente para verificar os casos de violação de direitos fundamentais cometidos pelos Estados-membros quando apliquem Direito da União. Assim, os particulares também se veem lesados, pois “desprovidos de qualquer mecanismo destinado a colocar em causa as condutas estaduais –, uma vez que não dispõem de legitimidade ativa relativamente aos processos por incumprimento nem nos processos relativos a questões prejudiciais”. Este prejuízo é acentuado diante da dificuldade de

Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro Pacheco, referido dispositivo “aponta um compromisso da União com a CEDH, em virtude de o Tribunal o ter erguido como fonte material dos direitos fundamentais que lhe cabia salvaguardar”. Portanto, apesar de agora existir “a base jurídica que faltava para a União poder aderir à CEDH”, o mencionado compromisso também possui uma forte carga política. (In PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro - O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia – Entre a autonomia e o compromisso. **JULGAR**, n.º 14 - Maio/Agosto 2011, p. 25-26. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.)

²³⁶ Em pesquisa específica sobre a temática do compromisso de adesão da EU à CEDH, merecem destaques as considerações de Andreia Morgado Duarte, a seguir apontadas:

a – tal questão desde cedo marca presença na ordem jurídica comunitária e, num primeiro momento, foi rejeitada pela via jurisprudencial e, após seguidas e fracassadas tentativas de adesão direta à Convenção, adquiriu relevância com a entrada em vigor do TL (p. 46);

b – apesar do caráter vinculativo da CDFUE por força do TL, a questão continua em debate, principalmente “pelas dificuldades de interpretação e aplicação coerente dos direitos consagrados na CDFUE”, e, também, porque a adesão (por força do Anexo n.º 8 do TL) terá de ser precedida da aceitação de todos os Estados-membros (EM) e de todos os Estados-parte da Convenção, o que tem frustrado “as expectativas de dotar a União de um instrumento completo de garantia dos direitos fundamentais” (p. 59-60; 62);

c – as negociações entre a EU e a CEDH iniciaram-se em 7 de julho de 2010, foram retomadas em 2012 e 2013, com a adoção de vários documentos, com propostas de emendas do projeto, observando-se, inclusive que “o acordo relativo à adesão da União à CEDH deve refletir a necessidade de preservar as características específicas da União e do direito da União” (p. 66-67);

d – o Parecer 2/13, 2014 do TJUE ressaltou que, com a entrada em vigor do TL, “a União não é um Estado e, por isso, a adesão à CEDH deverá ter em consideração as características próprias da União, condição imposta no n.º 2 do artigo 6.º do TUE, corroborada pelo Protocolo n.º 8 anexo aos Tratados” (p. 84). (In DUARTE, Andreia Morgado - **O cabo das tormentas da União Europeia**. A (difícil) adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, p. 46; 59-60; 62; 66-67; 84. [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2016. [Consult. 19 Mai. 2018]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42826/2/Andreia%20Duarte.pdf>.)

acesso dos cidadãos aos tribunais da União e aos tribunais comunitários, “relativamente à atuação dos Estados, para aferir de condutas dos órgãos da União Europeia”;

c – constata-se que a adesão formal da EU à CEDH acarretará melhoria da legitimidade ativa dos particulares quanto à conduta da UE e dos seus órgãos, diante da “possibilidade de, por via da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ver declarada a violação de um direito nela consagrado ou nos seus Protocolos, submetido à apreciação de um Tribunal especializado em direitos fundamentais”²³⁷.

2.3.1.2 Proteção em Portugal

Segundo J.J. Gomes Canotilho, a proteção aos direitos fundamentais em Portugal pode se dar por meio de defesa jurisdicional, meios de defesa não jurisdicionais e a defesa perante autoridades administrativas independentes²³⁸.

²³⁷ DUARTE, Andreia Morgado - **O cabo das tormentas da União Europeia**. A (difícil) adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, p. 102-103. [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2016. [Consult. 19 Mai. 2018]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42826/2/Andreia%20Duarte.pdf>.

²³⁸ Quanto aos meios de defesa jurisdicionais, há de se destacar a garantia de acesso aos tribunais, como uma concretização do princípio estruturante do Estado de direito, conforme CRP, arts. 20.º, 202.º/2 e 268.º/4 e 5, DUDH, art. 10.º, PIDCP, art. 14.º/1/1, CEDM, art. 6.º/1. Necessário também que essa garantia de proteção pela via jurisdicional se dê por meio de um processo justo ou equitativo e essa tutela judicial, além de equitativa, seja prestada em um prazo razoável (artigo 20.º, n.º 4, da CRP), além da possibilidade de se obterem “as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão” (p. 491-495).

Os meios de defesa não jurisdicionais podem ser exercidos por diversas formas. Entre elas, segundo Canotilho, existe dúvida quanto ao direito de “desobediência civil” e ao direito de resistência, que aqui é entendido como “o direito de desobediência a ordens conducentes à prática de um crime (CRP, artigo 271.º/3)”, pois esse direito “é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas”. A outra forma seria o direito de petição, ou seja, a faculdade de que o indivíduo ou grupo de indivíduos se dirija às autoridades públicas por meio de petição, representação, reclamação ou queixas que visem à defesa dos seus direitos. Mesmo na seara não jurisdicional, assegura-se também o direito a um procedimento justo, mediante o “direito de participação no procedimento administrativo e o direito de ser ouvido (CRP, artigos 267º/4 e 268º/1)” (p. 512-514).

Inserem-se ainda nos meios de defesa não jurisdicionais o direito à autodeterminação informativa (faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais, conforme artigo 35.º da CRP e Leis n.ºs 10/1991 e 28/1994); o direito ao arquivo aberto, que se constitui no direito de acesso aos arquivos e registros administrativos (CRP, art. 268.º, n.º 1); e o direito às garantias impugnatórias no procedimento administrativo, que se constitui na faculdade de que os particulares defendam seus direitos perante a administração, por meio de reclamações e recursos administrativos (art. 158.º do Cód. Proc. Administrativo) (p. 514-516).

A defesa de direitos perante Autoridades Administrativas Independentes (criadas na forma prevista no artigo 267.º, n.º 3, da CRP, as quais podem ser organizações não governamentais, agências independentes, organizações quase autônomas e outras) encontra guarida no art. 18.º, n.º 1, da CRP. Ressalta J.J. Gomes Canotilho os problemas específicos na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando que a Constituição portuguesa “garante e protege um *núcleo essencial* destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa)”, além de preconizar a necessidade da concretização legislativa das imposições constitucionais e o controle judicial da realização dos direitos sociais (p. 516-519). (In

Já Jorge Miranda, ao tratar do princípio da tutela jurídica dos direitos fundamentais em Portugal, afirma que a primeira forma de defesa dos direitos consiste no seu conhecimento. Indica trecho do preâmbulo da DUDH em que se afirma que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem” eram “as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”. Por esta razão, a CRP, no art. 20.º, n.ºs 1, primeira parte, e 2, também primeira parte, assegura a todos o acesso ao direito e, nos termos da lei, a informação e a consulta jurídica. Ao discorrer sobre a tutela jurídica dos direitos fundamentais, o autor o faz sob dois grandes eixos: a tutela jurisdicional e a tutela graciosa ou não contenciosa^{239 240}.

Jorge Miranda manifesta particular preocupação em relação à tutela jurisdicional dos direitos sociais, cujas normas são programáticas e cuja violação mais comum se caracterizaria mediante a inconstitucionalidade por omissão, preconizando um mecanismo de controle concreto, “mesmo se não tão avançado como o mandado de injunção brasileiro”, mas que pudesse “ultrapassar o regime modesto e quase sem prática do art. 283º da Constituição”²⁴¹.

Digna de registo é a questão da igualdade dos cidadãos no exercício da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, seja a igualdade de acesso aos tribunais, seja a

CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 491-495; 512-514; 514-516; 516-519. 7.ª ed. 16.ª reimp. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2003.)

²³⁹ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 389; 391; 417. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

²⁴⁰ Quanto à tutela jurisdicional, o referido doutrinador assevera que o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento dessa espécie de tutela “são sinais de civilização jurídica”. Para Jorge Miranda, o micro sistema da tutela jurisdicional encontra guarida no artigo 20.º e no 202.º da CRP (aos tribunais compete “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”), no artigo 10 da DUDH (“toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que, o seu caso seja julgado, equitativa e publicamente, por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações”), no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 14.º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e no artigo 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (p. 393).

Assim, o princípio da tutela jurisdicional compreenderia alguns outros princípios constitucionais e medidas judiciais, a saber: os princípios do contraditório (art. 32.º, n.º 5, *in fine*, que, embora se refira ao processo penal, também é aplicável a outras formas de processo); do juiz natural ou legal (art. 32.º, n.º 9); da independência dos tribunais e dos juizes (arts. 203.º e 216.º); da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente (arts. 205.º, n.º 1, e 282.º, n.º 4); as determinações judiciais de obrigatoriedade e a executoriedade das decisões, com prevalência sobre as de qualquer outra autoridade (art. 205.º, n.ºs 2 e 3); a consagração de medidas cautelares adequadas, inclusive a garantia de tutela efetiva (art. 268.º, n.º 4, *in fine*); respeito ao caso julgado (art. 282.º, n.º 3); adequada proteção do segredo de justiça (art. 20.º, n.º 3) e a publicidade das audiências nos tribunais (art. 206.º) (p. 394-395).

A tutela jurisdicional comporta, além dos princípios e obrigações descritos anteriormente, diversas outras obrigações (sem a pretensão de exauri-las), tais como o direito de acesso aos tribunais ou direito de ação, o direito ao patrocínio judiciário, o direito a um processo equitativo e com razoável duração, o direito a recurso das decisões que imponham restrições a direitos e o direito dos advogados às prerrogativas necessárias ao exercício do mandato (p. 396-397). (In MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 393; 394-395; 396-397. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.)

²⁴¹ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 400-401. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

igualdade perante os tribunais. Concede-se às partes uma identidade de faculdades de meios de defesa, bem como de ônus e cominações idênticos, sempre que sua posição no processo for equiparável. Nesse contexto, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 497/1996 (*in* Diário da República, 2.ª série, de 17 de julho de 1996, p. 9.764) e 752/2014 (*in* Diário da República, 2.ª série, de 8 de janeiro de 2015). Ademais, a Constituição, por força do artigo 20.º, n.º 1, também veda discriminações e restrições econômicas, tanto no direito de ação quanto ao direito a recurso, conforme decisão do Tribunal Constitucional, objeto dos acórdãos n.ºs 269/1987 (*in* Diário da República, 2.ª série, de 3 de setembro de 1987) e 163/1990 (*in* Diário da República, 2.ª série, de 18 de outubro de 1991)²⁴².

A tutela graciosa ou não contenciosa dos direitos fundamentais – que pode realizar-se por meio de órgãos administrativos, políticos, pelo mesmo órgão que antes tenha se pronunciado ou por outro órgão – assume duas configurações: a de garantias petitorias e a de garantias impugnatórias²⁴³.

Impende ainda destacar a importância do Provedor de Justiça, órgão independente, cujo titular é indicado pela Assembleia da República, encarregado de receber dos cidadãos as queixas e reclamações dos cidadãos, alusivas a ações e omissões dos Poderes Públicos (artigo 23.º da CRP)²⁴⁴.

2.3.1.3 Proteção no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 possui grande riqueza e extensão no catálogo de direitos fundamentais inscritos em seu texto, de modo não exaustivo, bem como dos inúmeros remédios e garantias judiciais para a defesa desses direitos. A CRFB não fechou os seus olhos para a “opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e distribuída através das múltiplas instituições”. Extrai-se do texto da CRFB e, dos comandos

²⁴² MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 414-415. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.

²⁴³ A CRP, no artigo 52.º, n.º 1, assegura o direito aos cidadãos de formularem aos órgãos do governo “ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos”. A Lei n.º 43/1990, de 10 de agosto (alterada pelas Leis n.ºs 6/1993 e 15/2003), regulamenta o direito de petição na via administrativa, bem como define os institutos da queixa e da reclamação. (In MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 417-419. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017).

²⁴⁴ Segundo Jorge Miranda, o Provedor de Justiça teve inspiração na figura do *Ombudsman*, nascida na Suécia, a qual se desenvolveu naquele país e na Nova Zelândia e hoje se espalhou por diversos países. O Provedor de Justiça não tem poder decisório, mas pode dirigir recomendações aos órgãos públicos, destinadas à melhoria dos serviços, à prevenção ou à reparação de injustiças. Compete-lhe também postular ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade (inclusive por omissão) e ilegalidade com força obrigatória geral (CRP, artigos 281.º, n.º 2, e 283.º, n.º 1). Sua atuação, por força da Lei n.º 9/1991, também pode incidir na relação entre particulares. (In MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 421-424. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2017.)

alusivos aos direitos fundamentais a vocação para a redução das desigualdades, a proteção do mais fraco, o anseio de assegurar condições mínimas de dignidade para a existência de todos. Isso porque, não obstante não haver abdicado de um regime capitalista de produção – prova disso é que a livre iniciativa é fundamento da República e da ordem econômica (artigos 1.º, IV, e 170, *caput*) –, esta opção capitalista “é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social”, que devem ser materializadas por meio das variadas fórmulas compromissórias²⁴⁵.

O artigo 5.º da CRFB consagra um catálogo de densa presença dos direitos fundamentais, combinado com uma proposta aberta²⁴⁶ e de imediata aplicação, pois o artigo 5.º, § 1.º, assegura a imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Esse tempero proposto pela CRFB entre o regime capitalista de produção e a necessária justiça social e a solidariedade, embora na prática não venha apresentando resultados desejáveis – em face da perversa opção dos governos por políticas econômicas cada vez mais exclusivas das camadas sociais mais pobres, favorecendo sempre o capital especulativo, entre essas modalidades, o crescente lucro dos bancos –, pode ser encontrada nos fundamentos da República, entre eles “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CRFB, art. 1.º, IV) e da ordem econômica (o artigo 170, antes de falar na livre iniciativa menciona a “valorização do trabalho humano”, estabelecendo que a sua finalidade é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”). Vê-se, portanto, que a livre iniciativa não é um fim em si mesmo, mas um caminho, um meio para se alcançar a finalidade expressa. Da mesma forma, ao tratar da proteção da propriedade privada, ela é condicionada ao papel e função social, além da preocupação com o consumidor, com o meio ambiente e com a redução das desigualdades regionais, e da busca do pleno emprego (CRFB, artigos 5.º, XXII e XXIII, e 170, II e III, V a VIII).

Embora a CRFB tenha estabelecido maior proteção àqueles direitos vinculados à existência humana e, em menor intensidade, aos direitos de natureza patrimonial, pode-se constatar que o texto constitucional serviu-se de sua acentuada carga de indeterminação e transferiu para o legislador infraconstitucional a possibilidade de regular e limitar diversos direitos fundamentais, alguns jamais regulamentados, como é o caso da proteção contra a despedida arbitrária no emprego (artigo 7.º, I), esvaziando esses direitos e tornando-os

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 175. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

²⁴⁶ Conforme §§ 2º e 3º do artigo 5.º (Anexo I. Legislação. Brasil. Constituição Federal).

inócuos, conforme se constata de diversos incisos do artigo 5º, bem como, na seara trabalhista, no artigo 7º ²⁴⁷.

Essa opção do constituinte brasileiro em atribuir maior tutela constitucional à dimensão existencial justifica-se em razão da concepção de pessoa e de sociedade adotadas por este legislador, segundo a qual “as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana que as econômicas” ²⁴⁸. Assim, apesar das tergiversações e limitações que o próprio texto constitucional impõe, tendo em conta a concessão ao legislador ordinário da regulamentação de valores essenciais que podem ser esvaziados, a fim de captar o significado destas disposições constitucionais, é preciso ter em conta todos estes direitos fundamentais, que devem ser preservados no Estado brasileiro, tendo em vista os princípios e objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional²⁴⁹.

Pode-se afirmar que as conquistas históricas, consagradas na Carta Constitucional Brasileira de 1988, representam uma rutura do então regime institucional do País, que veio a sepultar um regime constitucional autoritário e incipiente. Todavia, de nada serviriam essas conquistas no campo dos direitos materiais fundamentais e existenciais sem a presença de uma dimensão processual que possibilitasse a concretização dessas conquistas. A Constituição Brasileira, por meio de seus princípios e normas processuais, outorga ao Poder Judiciário papel preponderante para a concretização dos direitos fundamentais, quando não cumpridos espontaneamente, estabelecendo instrumentos e mecanismos para superar este descumprimento ou evitando o risco de que a afronta à ordem jurídica venha a ocorrer. Assim, esses remédios processuais constitucionais têm protegido os direitos fundamentais “objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem”. Dessa estrutura processual depende a efetivação desses direitos, quando ocorrer necessidade de sua reparação²⁵⁰.

No século XXI, não basta apenas a positivação dos direitos fundamentais: impõe-se também a efetivação desses direitos. Para alcançar este desiderato, devem-se utilizar

²⁴⁷ Anexo I. Legislação. Brasil. Constituição Federal.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 182. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

²⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 30. 3.^a ed. São Paulo: C. Bastos, 2003.

²⁵⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **Direito processual constitucional: aspetos contemporâneos**, p. 55; 184. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

as novas ferramentas para aplicação do direito substancial (ações coletivas e desapego ao positivismo). Assim, torna-se imperativa a prática da jurisdição das tutelas efetivas e preventivas dos Direitos Fundamentais para superar a imensa distância entre as generosas promessas contidas nas Normas Fundamentais e a realidade empírica, na qual os direitos fundamentais individuais, sociais e meta individuais são descumpridos. É indispensável, diante da conhecida inércia dos Poderes Executivos e Legislativo, a utilização das modernas técnicas de hermenêutica constitucional, do reconhecimento de um espaço mais amplo ao Poder Judiciário no desempenho do papel concretizador dos direitos fundamentais, mediante uma tutela preventiva ou reparatória célere, específica e adequada.

Para tanto, há que se ampliar o acesso à justiça e universalizar a tutela jurisdicional²⁵¹, o que só será possível com a superação do conceitualismo positivista, pelo instrumentalismo substancial²⁵² e pela troca do modelo individualista do processo civil liberal, por um modelo que atenda às necessidades sociais contemporâneas e que seja baseado em princípios e técnicas compatíveis com a atual realidade, entre as quais se inclui a tutela jurisdicional coletiva ou meta individual.

O remédio para o reiterado descumprimento dos direitos fundamentais, inclusive os dos trabalhadores, não mais é a jurisdição meramente individual (embora aqui não esteja a se abdicar dela). Isso porque o excessivo número de ações individuais repetitivas asseberba o Poder Judiciário, que, diante de suas limitações materiais e humanas, tem se revelado ineficaz e incapaz de assegurar uma tutela jurisdicional célere e em tempo razoável, conforme imposição constitucional insculpida no artigo 5.º, inciso LXXVIII²⁵³. Essas novas técnicas e mecanismos, que relativizam os dogmas processuais próprios aos direitos individuais, devem ser aplicados com muito mais intensidade na seara do Direito do Trabalho, tendo em vista ser este o ramo das ciências jurídicas de índole social. A conotação ideológica dessa nova concepção decorre da relação por natureza conflituosa, própria às relações entre o

²⁵¹ Cândido Rangel Dinamarco afirma que “universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não jurisdionalizáveis”. (In DINAMARCO, Cândido Rangel - **Instituições de direito processual civil**, p. 113. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Vol. I).

²⁵² O processo civil contemporâneo, inclusive o brasileiro, é filiado à escola instrumentalista e caracteriza-se “pelo atendimento aos portadores de *pretensões de baixo valor econômico*, pela *tutela coletiva* ao meio-ambiente, aos consumidores ou a comunidades integradas a grupos associativos, pela busca prioritária da *efetividade da tutela jurisdicional*, pela ênfase aos *escopos sociais do processo*, pela consagração do *acesso à justiça* como um valor a ser a todo custo postulado pela ordem processual e, enfim, pela implantação de um sistema de *processo justo e equo*”. (In DINAMARCO, Cândido Rangel - **Instituições de direito processual civil**, p. 281. 4.ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004).

²⁵³ Sobre o tema, ver: RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 23. São Paulo: LTr, 2012.

capital e o trabalho. Este modelo não desnatura o caráter de cientificidade da qual é revestido, pois é sabido que toda teoria jurídica se reveste de um conteúdo ideológico.

Na área dos direitos meta individuais trabalhistas, a doutrina brasileira de vanguarda²⁵⁴ manifesta seu convencimento pela adoção de um microssistema próprio e específico para esta tutela²⁵⁵, como mecanismo de natureza instrumental fundamental para a tutela e efetividade dos direitos trabalhistas, e como forma de superar em tempo razoável os reiterados descumprimentos da legislação trabalhista.

No Estado Liberal Clássico, a característica principal da jurisdição consistia em uma tutela negativa, de natureza ressarcitória. Já no Estado Constitucional destacam-se novas técnicas de tutela processual positiva, de natureza inibitória (voltada para o futuro e não para o passado), bem como o instituto da substituição processual, que se justificam diante das novas situações de direito material e que buscam a manutenção desses direitos, antes que sejam violados. A tutela inibitória possui como pressuposto básico não a probabilidade do dano, mas a probabilidade do ilícito, ou seja, do ato contrário ao direito, pois o que tem de ser evitado é o ato, facto gerador do dano, pois o direito é o bem maior a ser protegido^{256 257 258}.

²⁵⁴ Entre esses doutrinadores, apontam-se: LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**, p. 94. São Paulo: LTr, 2008; FAVA, Marcos Neves - **Ação civil pública trabalhista: teoria geral**, p. 86. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2008, e PIMENTA, José Roberto Freire - **A Tutela Metaindividual dos Direitos Trabalhistas: uma exigência constitucional**. In PIMENTA, José Roberto Freire et al. **Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo**, p. 22-39. São Paulo: LTr, 2009.

²⁵⁵ Carlos Henrique Bezerra Leite enumera três sistemas de jurisdição trabalhista: o primeiro se destina à solução dos tradicionais dissídios individuais; o segundo sistema é o da jurisdição trabalhista normativa, voltados para a jurisdição normativa da Justiça do Trabalho, por meio do julgamento dos Dissídios Coletivos; e, o terceiro sistema, “cognominado *jurisdição trabalhista metaindividual*, é vocacionado, basicamente, à *tutela preventiva e reparatória dos direitos e interesses metaindividuais* [...]” Segundo o referido jurista, o exercício dessa jurisdição trabalhista metaindividual é feito pela aplicação direta e simultânea da Constituição Federal (artigos 129, III e IX, 8.º, III, e 114), da Lei Orgânica do Ministério Público da União – LC n.º 75/1993 (artigos 83, III, 84, *caput*, e 6.º, VII, *a e b*), da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) e pelo Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). A CLT e o CPC desempenhariam o papel de diplomas legais subsidiários. (In LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito Processual do Trabalho**, p. 143-144. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2010).

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme - **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 192-195. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme (In **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, p. 196. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010) afirma que a ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas: a primeira para impedir a prática do ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu; a segunda visa inibir a repetição do ilícito; a terceira objetiva inibir a continuação do ilícito.

²⁵⁸ Para utilização e concessão (de ofício ou a pedido) da tutela inibitória, os fundamentos legais estão previstos na Constituição Federal (artigo 5.º, incisos XXXV, LIV e LXXVIII), na Lei da Ação Civil Pública (artigos 4.º, 11 e 12) e no Código de Processo Civil (artigo 497). Vide Anexo I. Legislação. Brasil.

Ademais, entre os remédios processuais para a defesa dos direitos fundamentais, incluem-se a ação popular (CRFB, artigo 5.º, inciso LXXIII), a Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Mandado de Segurança Coletivo (CRFB, artigo 5.º, inciso LXX), entre outros.

Na seara da defesa dos direitos fundamentais trabalhistas meta individuais, merece especial destaque o Ministério Público do Trabalho, um dos ramos do Ministério Público da União (CRFB, artigos 127 a 130-A). A Constituição de 1988 (artigo 127) atribuiu ao Ministério Público a condição de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público do Trabalho (MPT) passou de uma atividade interveniente, que consiste em pareceres e promoções em processos judiciais (em segundo grau de jurisdição), “para uma atividade proativa, preponderantemente agente e investigativa, visando efetivar os direitos humanos decorrentes das relações laborais”. Portanto, é detentor do “poder-dever de defender a legislação trabalhista, tendo como principal norte a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana”, notadamente no âmbito coletivo²⁵⁹.

Na esfera infraconstitucional, a Lei Orgânica do Ministério Público da União - LOMPU (Lei Complementar n.º 75/1993) e a Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) possibilitam o manuseio do Inquérito Civil Público e da Ação Civil Pública, no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses sociais constitucionalmente assegurados, bem como para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (artigos 6.º, VII, e 83, III, da LOMPU e 81 do CDC).

2.4 Direitos Fundamentais Sociais e o Direito do Trabalho

Ao início deste tópico, impende rápida análise sobre se os direitos dos trabalhadores se inserem ou não entre os direitos fundamentais sociais, nos ordenamentos jurídico português e brasileiro.

Infere-se das afirmativas do jurista mexicano Mario de la Cueva que a história dos direitos fundamentais sociais corre paralelamente à história do Direito do Trabalho²⁶⁰.

²⁵⁹ SIMÓN, Sandra Lia - O Ministério Público do Trabalho e as Coordenadorias Nacionais. In PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.) - **Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias temáticas**. Brasília: ESMPTU, 2006. p. 7-13.

²⁶⁰ Assevera o referido doutrinador que o Direito do Trabalho nasce quando os homens se dão conta do abismo existente entre a realidade social e a sua regulação jurídica. Assim, o Direito do Trabalho nasce quando os homens percebem que uma coisa é o princípio da livre determinação das ações e outra questão distinta é a sua efetividade social, ou, ainda, um é problema apenas psicológico da livre determinação de conduta e outro é o problema de poder impor a vontade individual nas relações sociais. O regime do contrato permitia impor a

Nesse contexto, Maria do Rosário Palma Ramalho ressalta, entre os instrumentos relevantes para o Direito Social na União Europeia, a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de abril de 1989, que instituiu a Declaração dos Direitos e Liberdades Fundamentais, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, adotada em 9 de dezembro de 1989 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em 7 de dezembro de 2000. Sustenta a autora que a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, embora sem caráter vinculativo, consagra diversos direitos fundamentais dos trabalhadores e, por ser o primeiro instrumento normativo autônomo com incidência específica no domínio laboral e da segurança social, “tem um grande significado no processo de evolução das Comunidades Europeia em sentido social” ²⁶¹.

Ao largo de outros documentos^{262 263}, cabe ressaltar que, analisando a estrutura dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa, Cristina Queiroz afirma que os direitos dos trabalhadores (especificamente os direitos à greve e à liberdade sindical), por ocasião da redação original da Carta de 1976, eram considerados como “direitos sociais” ou “conquistas dos trabalhadores”. Com a revisão do texto constitucional em 1982, deixaram de ser considerados “direitos sociais” e, ao lado dos artigos que tratam da segurança no emprego (art. 53.º), comissões de trabalhadores (art. 54.º) e o direito à associação sindical e à contratação coletiva (art. 56.º), passaram a compor um regime específico, insertos no Capítulo III (Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores), que compõe o Título II

vontade do empregador, mas não a do trabalhador. (In CUEVA, Mario de La - **Derecho mexicano del trabajo**, p. 266-267. Mexico: Porrúa, 1960.)

²⁶¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito Social na União Europeia**, p. 46-47. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

²⁶² A Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores assegura o direito de livre circulação dos trabalhadores da Comunidade Europeia, direitos sobre emprego e justa remuneração, melhoria das condições de vida e de trabalho, proteção social, liberdade de associação e negociação coletiva, formação profissional, igualdade de tratamento entre homens e mulheres, direito dos trabalhadores à informação, consulta e participação, proteção da saúde e da segurança no ambiente de trabalho, proteção das crianças e dos adolescentes, proteção às pessoas idosas e às pessoas deficientes. (In LUXEMBURGO - Serviço das Publicações Oficiais da Comunidade Europeia. **Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores**, 1990.)

²⁶³ Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (com efeito vinculativo a partir de 1.º de dezembro de 2009, em decorrência do Tratado de Lisboa, por força da nova redação do artigo 6.º, n.º 1, do TUE, que lhe atribuiu o mesmo valor jurídico dos tratados), assegura diversos direitos dos trabalhadores, com dimensão eminentemente social, entre eles a proibição da realização de trabalho forçado e obrigatório (Título I – Dignidade); liberdade de reunião e de associação, liberdade profissional e direito de trabalhar (Título II – Liberdades); não discriminação, igualdade em matéria de emprego entre homens e mulheres, integração social e profissional das pessoas deficientes (Título III – Igualdade); direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa, direito de negociação e de ação coletiva, direito de acesso aos serviços de emprego, proteção em caso de despedimento sem justa causa, direito a condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (Título IV – Solidariedade).

(Direitos, Liberdades e Garantias) da Parte I (Direitos e Deveres Fundamentais) da Constituição Portuguesa^{264 265}.

A Constituição Brasileira não deixa dúvida. Os direitos dos trabalhadores são direitos fundamentais sociais. O Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e o seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais) explicitam esta condição.

Não obstante a CRFB definir e inserir os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais sociais, Celso Ribeiro Bastos tem compreensão diversa ao aduzir que os direitos sociais consistem em deveres do Estado de assistir a velhice, os desempregados, a infância, a doença, os deficientes, etc., ao passo que os direitos dos trabalhadores “dizem respeito tão somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego”²⁶⁶. Ousa-se dissentir do referido doutrinador, que incide em equívoco ao limitar o conceito dos direitos sociais (previstos do artigo 6.º ao 11 da CRFB) apenas àqueles direitos inerentes aos trabalhadores empregados. A simples leitura do inciso XXII do artigo 7.º (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, que são aplicáveis a todos os trabalhadores, com ou sem vínculo de emprego), do artigo 8.º (que prevê a possibilidade de associação – que não se confunde com sindicato –, a possibilidade de sindicato de empregadores, a participação obrigatória dos sindicatos – inclusive de empregadores – na negociação coletiva, o direito do aposentado – que já não mais mantem vínculo de emprego – votar nas eleições sindicais) e o direito de “participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação” (artigo 10), revelam a erronia conceitual do eminente doutrinador. Ademais, como bem adverte Carlos Henrique Bezerra Leite, alguns direitos inseridos no catálogo de direitos trabalhistas também são aplicáveis aos trabalhadores avulsos, temporários e servidores públicos²⁶⁷.

²⁶⁴ QUEIROZ, Cristina M. M. - **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. 2.ª edição, p. 187. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010.

²⁶⁵ Outros direitos, eminentemente trabalhistas, estão consagrados nos artigos 58.º e 59.º da CRP, no Capítulo I (Direitos e deveres económicos), do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais). Embora inseridos no Capítulo que trata dos direitos e deveres económicos, os referidos direitos são de natureza e dimensão eminentemente social. Entretanto, o entendimento consagrado na Constituição Portuguesa não incluiu os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais sociais, ao contrário do preconizado pela Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, adotada em 9 de dezembro de 1989, por Resolução do Parlamento Europeu.

²⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro - **Curso de direito constitucional**, p. 259. 18.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

²⁶⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 50. 7.ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Luiz Pinto Ferreira²⁶⁸ rotula os direitos em tela como “direitos sociais e econômicos dos trabalhadores”, afirmando também que a inclusão desses direitos sociais do trabalho veio a diminuir a dicotomia entre o direito público e o direito privado, acarretando uma marcha para a socialização do direito.

Os direitos constitucionais trabalhistas, incluídos na Carta Constitucional Brasileira entre os direitos fundamentais sociais, possuem premissas básicas e estruturais, inseridas na própria Carta Magna. A necessária efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – assim entendida a coletividade e não a individualidade atomizada –, encontra estofamento na aplicação conjunta de vários preceitos da referida Constituição²⁶⁹.

A rotulação atribuída aos direitos trabalhistas, embora importante, principalmente quanto à distinção técnico-jurídica e acadêmica, é questão secundária, diante da necessária efetividade e concretude deles, em prol de melhores condições de cidadania dos trabalhadores e observância aos comandos dos normativos internacionais e internos dos Estados. Não basta apenas proclamar esses direitos, em uma retórica estéril e sem concretude, mas aplicá-los levando-se em conta a análise sistêmica dos comandos dos referidos normativos, que traduzem a real dimensão desses direitos na sociedade pós-moderna. Portanto, não obstante esta gama de direitos, escudados nas premissas básicas e estruturais antes apontadas, assiste razão a Benedito Calheiros Bonfim ao afirmar: “É indispensável que, ao lado desses pomposos enunciados, sejam assegurados meios práticos e materiais à sua efetivação”²⁷⁰.

Em se tratando de direitos fundamentais dos trabalhadores – e aqui é irrelevante se eles estão ou não formalmente enquadrados como direitos sociais, econômicos ou outra categoria específica – é relevante a abordagem da eficácia vinculante desses direitos no âmbito das relações jurídicas (especialmente as relações de trabalho). Esta eficácia é

²⁶⁸ FERREIRA, Luiz Pinto - **Curso de Direito Constitucional**, p. 173-174. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

²⁶⁹ Tais preceitos se encontram (a) nos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1.^o, incisos II, III e IV), que consagram o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (b) nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que preconiza a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminação (artigo 3.^o); (c) em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4.^o, inciso II); (d) na função social da propriedade (artigo 5.^o, inciso XXIII); (e) na ordem econômica, que é fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, devendo ser observados, ainda, os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (artigo 170); (f) na ordem social que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (artigo 193).

²⁷⁰ BOMFIM, Benedito Calheiros - Inefetividade de direitos constitucionais do trabalhador. **Revista Synthesis**. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. Vol. 14, n.^o 3 (2008) p. 13.

denominada de eficácia horizontal, eficácia privada, eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros²⁷¹.

Na medida em que os direitos fundamentais passaram a influenciar a ordem jurídica geral, caiu por terra a versão clássica de que os referidos direitos só vinculam os poderes estatais. Além da vinculação dos poderes estatais, também a esfera jurídico-privada, por meio da denominada eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) passou a se vincular aos direitos fundamentais. Segundo José Felipe Ledur, a origem dessa doutrina teve nascedouro no artigo 118, alínea 1, frase 2, da Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), que reconheceu a livre manifestação de pensamento nas esferas das relações de trabalho e econômicas, e no artigo 159, frase 2, que protegeu a liberdade de coalizão também contra restrições privadas. Todavia, ainda na Alemanha, o debate somente teve início sob a égide da Lei Fundamental de Bonn. Posteriormente, a esfera de atuação dos direitos fundamentais se estendeu às associações poderosas e às grandes empresas que dominam o mercado²⁷².

José Carlos Vieira de Andrade²⁷³ constata uma substancial convergência de opiniões de que, também na esfera privada, ocorrem situações de desigualdades geradas pelo exercício de menor ou maior poder social. Portanto, há de se atentar em relação a discriminações ou agressões à liberdade individual que afrontam a dignidade do ser humano e em relação ao necessário equilíbrio que deve haver entre os valores da autonomia privada e da liberdade negocial e geral.

Nas relações desiguais de poder, quer entre os particulares e os Poderes públicos, quer entre os empresários e os consumidores, quer entre os trabalhadores e os empregadores, não de se aplicar os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais, embora haja dificuldade do reconhecimento dessa vinculação no plano da jurisdição supranacional, em razão da questão processual. Daniel Sarmento afirma que, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os particulares não possuem legitimidade ativa, pois apenas podem realizar denúncias perante a Comissão de Direitos

²⁷¹ Ao contrário do que ocorria no Estado Liberal de Direito, notadamente na proteção dos direitos fundamentais civis e políticos, e essa proteção se dava tão somente em relação ao indivíduo-Estado, no Estado Democrático e Social de Direito, referida proteção também deve se estender ao particular. Isso porque, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, são eles os verdadeiros detentores do poder social e econômico haja vista que “é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores”. (In SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 377-378. 10.^a ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.)

²⁷² LEDUR, José Felipe - **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetivação no âmbito da democracia participativa, p. 39-40. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 284.

Humanos. Já no sistema europeu, a partir de 1988, as vítimas de lesões podem acionar a Corte Europeia de Direitos Humanos. Destaca o citado autor que, embora não haja pacificidade na doutrina quanto à eficácia horizontal da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a doutrina e a jurisprudência da Corte Europeia vêm se firmando ao reconhecimento dessa eficácia²⁷⁴.

Há de se apontar também a responsabilidade estatal pela garantia dos direitos dos cidadãos perante terceiros. Como exemplo, aponta-se decisão da Corte Europeia, proferida em 13 de agosto de 1981, no caso *Young, James & Webster v. Reino Unido*. Três empregados foram demitidos de seus empregos, porque tinham se recusado a aderir a um determinado sindicato. A legislação inglesa à época não vedava esta prática, e permitia, inclusive, acordos entre empresas e sindicatos, proibindo a contratação de empregados que não aderissem à entidade sindical acordante. Todavia, a Corte Europeia entendeu que o Reino Unido havia falhado no seu dever de proteção à liberdade de associação, por não adotar, em sua legislação interna, as medidas necessárias à garantia dessa liberdade no âmbito das relações privadas entre empregados e empregadores^{275 276 277}. Afirma ainda Daniel Sarmento que a Constituição Brasileira consagra um modelo de Estado Social, que é voltado para a promoção da igualdade substantiva e não se baseia apenas em pressupostos ideológicos que serviram à interpretação de uma rígida separação entre o Estado e a sociedade civil e que outrora serviram de fundamento para não permitir o exercício dos direitos fundamentais na relação entre particulares²⁷⁸.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a eficácia horizontal e direta dos direitos fundamentais trabalhistas, em matéria de igualdade e não discriminação, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF-2ª Turma, do qual foi Relator o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. A hipótese versava

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 228. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 228-229. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

²⁷⁶ Daniel Sarmento afirma que, no ordenamento jurídico brasileiro, a discussão acerca da eficácia horizontal torna-se desnecessária em relação aos direitos fundamentais que o legislador constituinte endereçou explicitamente contra entidades privadas, como os direitos dos trabalhadores, insertos no artigo 7.º da CRFB, e o direito à reparação por danos morais e materiais, em face do exercício abusivo da liberdade de expressão. (In SARMENTO, Daniel - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 291. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.)

²⁷⁷ Quanto aos direitos trabalhistas, o referido doutrinador aduz que “tal questão não provoca maiores dúvidas ou controvérsias, na medida em que tais direitos foram concebidos exatamente para incidir sobre relações privadas entre trabalhadores e empregadores”. (In SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 288. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.)

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 237. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

sobre um trabalhador brasileiro, empregado de conhecida empresa aérea francesa, o qual buscava o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Regulamento de Pessoal da Empresa apenas aos empregados de nacionalidade francesa.^{279 280}

Inegável que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe grande inovação, quando, de forma explícita, reconheceu que os direitos fundamentais trabalhistas (consagrados no artigo 7.º), segundo José Felipe Ledur, são “expressão *de eficácia direta* em face de particulares ou terceiros – empregadores ou tomadores de serviços”. Também os artigos de 8.º a 11 são exemplos de direitos com eficácia direta contra terceiros e, se violados, ou ameaçados de violação, por particulares ou pelo Estado, autorizam o titular desses direitos a buscar judicialmente sua reparação ou manutenção²⁸¹.

Passados trinta anos da Constituição Brasileira de 1988, apesar da inquestionável eficácia irradiante ou horizontal direta, os direitos fundamentais trabalhistas, insertos na referida Carta, seja em seu texto ou em seus princípios, ainda não alcançaram patamares civilizatórios e dignos para caracterizar razoável efetividade. Como exemplo, citam-se duas situações: a primeira se refere à proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurada no inciso I do artigo 7.º da CRFB, “nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Transcorridas três décadas, persiste a injustificável omissão do legislador infraconstitucional. Some-se à omissão do Poder Legislativo a postura jurisprudencial por demais tímida do Poder Judiciário, frustrando a implementação de um direito social do trabalhador, que até então não passou de uma mera norma programática que se transformou numa promessa vazia e inócua.

²⁷⁹ A ementa do acórdão consta do Anexo II. Jurisprudência. Brasil. Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁰ Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento sobre a matéria, explicitando o princípio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 201.819-8-RJ, do qual foi Relatora originária a Ministra Ellen Gracie e Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Para compreensão do julgado são citados alguns pertinentes trechos da ementa do acórdão no Anexo II. Jurisprudência. Brasil. Supremo Tribunal Federal.

²⁸¹ LEDUR, José Felipe - **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetivação no âmbito da democracia participativa, p. 41. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Capítulo 3 – Direitos de Personalidade

3.1 Gênese e evolução

Preliminarmente e coerente com a posição adotada na Parte I, Capítulo 1, item 1.5, impende destacar que o objeto dos direitos de personalidade não se refere apenas ao ser humano como sujeito de direitos e obrigações, nem tampouco o bem jurídico a ser protegido por seu intermédio é um bem material da vida, mas sim os bens que derivam da personalidade psicofísica e moral dos indivíduos. Assim, o bem jurídico a ser protegido contempla a pessoa humana em sua integralidade, em suas dimensões física, psicológica e também no meio ambiente em que vive. Conforme já destacado, embora a proteção aos referidos bens jurídicos seja de interesse público é intentada contra o particular, no âmbito das relações privadas. Isso porque o Estado também pode afrontar este bem jurídico. Essas considerações são necessárias ao balizamento e posições que doravante serão adotadas.

Diogo Leite Campos leciona que, na Antiguidade Clássica, representada por Aristóteles, o ser humano era considerado como um objeto do Estado, classificando-se pela sua situação neste. Quando não inserido na esfera estatal era considerado um sub-homem, “se não escravo quase um animal”. Nessa condição, era impensável falar-se em direitos do homem contra o Estado. Foi o cristianismo que criou as bases da personalidade humana individual, “assente numa relação entre iguais”. A teoria dessa igualdade entre os homens teve na obra de Santo Agostinho um dos seus expoentes, ao aduzir que Deus não quis que o homem, criado à Sua imagem e semelhança dominasse outros seres humanos. “Não situou o homem acima do homem. Assim fez os primeiros homens pastores de rebanhos e não reis de homens.” Aduz o citado autor que a “invenção” da dignidade do ser humano é que gerou um reforço de proteção da pessoa humana, contra o Estado e contra os seus semelhantes²⁸².

Segundo Alessandro Marques de Siqueira²⁸³, na Grécia Antiga, poder-se-ia falar de Direitos da Personalidade diferentes de acordo com a posição social, perspectiva hoje rechaçada, seja pela igualdade formal, seja pela igualdade substancial. Assim, no entendimento do citado autor, o *status* pessoal é o ponto de contraposição do mundo clássico, com o pensamento cristão, que surge na Idade Média, estrutura o pensamento moderno e contribui para a virada contemporânea, porque é com base nessa mudança de concepção que se reconhece a dignidade de todos os seres humanos, sem exceção, construindo-se, a partir daí, a

²⁸² CAMPOS, Leite Diogo - **Nós - Estudo sobre o direito das pessoas**, p. 110-111; 159. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

²⁸³ SIQUEIRA, Alessandro Marques de - Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**. [Em linha]. Rio Grande, v. 13, n.º 80, Out. 2010. [Consult. 11 Mai. 2018]. Disponível em [www.http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509).

teoria dos Direitos de Personalidade. A concepção cristã, sob a perspectiva de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, vê esta criatura como ser digno, portador de personalidade e capaz de alcançar a salvação. Assim, todos os seres humanos seriam portadores de direitos de personalidade.

Afirma Rabidranath V. A. Capelo de Sousa²⁸⁴ que os Estados dos séculos XVIII e XIX, cujas naturezas e essências derivavam do contrato social, passaram a assumir a proteção dos direitos humanos originários do direito natural, mas que, diante do seu reconhecimento pelo direito positivo, vão-se transformando em direitos subjetivos. Assim, é nesse contexto jusnaturalista e iluminista, prossegue o jurista luso, que se inseriram os movimentos e as medidas embrionárias da abolição da pena de morte, da escravatura e da reforma dos castigos corporais. Entretanto, as fraturas socioinstitucionais geradas a partir do Iluminismo só aconteceram com a Revolução Industrial na Inglaterra, com as novas concepções liberais e democráticas de alguns filósofos franceses e de Kant, e com a independência americana e sua Carta Magna, as quais deram origem ao liberalismo político, econômico e jurídico, que ganharia corpo no século XX. Tudo isso gerou uma maior subjetivação do relacionamento jurídico, que se traduziu no reconhecimento do ser humano não como mero destinatário, mas como origem e fundamento da ordenação social. A consequência foi a consolidação dos direitos inatos, dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos, oponíveis em face dos particulares e dos Estados, com o surgimento de mecanismos que permitiram o reconhecimento da dignidade e da autonomia da pessoa humana.

Wanderley de Paula Barreto afirma que foi por meio da doutrina alemã, na segunda metade do século XIX, que se deu “a consolidação da nova categoria jurídica dos direitos da personalidade”.^{285 286 287}

²⁸⁴ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 66;91. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

²⁸⁵ BARRETO, Wanderlei de Paula. In ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 100.

²⁸⁶ Da mesma forma, também sustenta Daniel Sarmento que os direitos da personalidade, na segunda metade do século XIX, surgiram como uma categoria autônoma da dogmática civilística, impregnada por impositões jusnaturalistas que enfrentaram enérgica resistência doutrinária, principalmente pelo argumento de que a personalidade não poderia ser objeto de direito, pois identificava-se com a titularidade desses direitos. Aduz Daniel Sarmento que esse argumento pode ser facilmente refutável, diante da dupla perspectiva da personalidade, ou seja, a personalidade como “centro de imputação e pressuposto para aquisição de direitos” e a personalidade como objeto desses direitos e, portanto, merecedora de tutela jurídica. (In SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 97. 2.^a ed., 3.^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.)

²⁸⁷ Gustavo Tepedino entende a personalidade como um valor e, como consequência, objeto do direito a ser tutelado. Aduz o referido autor que a personalidade, assim considerada, como sujeita de direito, não pode ser dele o seu objeto. Todavia, ao revés, se considerada como valor, “tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si

Apesar de alguns tópicos alusivos a danos não patrimoniais constarem do Código Civil da Alemanha (Burgerliches Gesetzbuch – BGB, de 1900) e do Código Civil Suíço de 1907 (que contemplou a cláusula geral protetora da personalidade humana, outorgando direito de ação em face de atentado ilícito à personalidade), avanço legislativo significativo viria a ocorrer pelo Código Civil Italiano (1939-1942), que, segundo Rubens Limongi França, regulava diversos direitos inerentes à personalidade, entre eles o direito sobre o próprio corpo (artigo 5.º); o direito ao nome (artigo 6.º); a tutela do direito ao nome, por razões familiares (artigo 7.º); o direito ao pseudônimo (artigo 9.º) e o direito à imagem (artigo 10)²⁸⁸.

Não obstante a dedicação da doutrina alemã, os estudos mais relevantes e significativos viriam a surgir a partir da segunda metade do século XX, principalmente na Itália, que, em relação aos demais países, já possuía legislação avançada sobre o tema, com especial destaque para a obra do italiano Adriano de Cupis, cujo original denominado *Il Diritto all'Identità Personale*, foi publicado em Milão, em 1949²⁸⁹.

A evolução dos direitos de personalidade, após a Segunda Guerra, deu-se por intermédio tanto da legislação positivada (normativos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais), quanto da jurisprudência²⁹⁰, sob o pressuposto de necessidade da proteção jurídica desses valores não só no âmbito da individualidade, mas também no aspeto social.

Na esfera constitucional, a Constituição Italiana de 1947 elevou o ideal personalístico a princípio fundamental, ao dispor que a República Italiana, além de reconhecer e garantir os direitos invioláveis do homem, “quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

mesmos, dignos de tutela privilegiada”. (In TEPEDINO, Gustavo - **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 27.)

²⁸⁸ FRANÇA, Rubens Limongi - **Direitos da personalidade**. Revista dos Tribunais, p. 11. São Paulo, n.º 567, jan. 1983.

²⁸⁹ A referida obra foi traduzida para a língua portuguesa por Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro (DE CUPIS, Adriano - **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961).

²⁹⁰ “[...] a jurisprudência tem, no domínio do Direito da Personalidade, um papel fundamental. Os textos legais relativos à tutela da pessoa têm, pela própria natureza da matéria em jogo, um grau acentuado de vaguidade. O art. 70º /1, ao referir protecção contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à personalidade física ou moral lida com conceitos indeterminados: ‘personalidade física’ e ‘personalidade moral’. Tentar uma concretização com base nas idéias de ‘integridade’, de ‘vida’, de ‘honra, de ‘reputação’, de ‘sossego’ ou similares apenas permite pequenos avanços. No fundo, trata-se de esclarecer: a que situações da vida se aplicam os dispositivos relativos a direitos da personalidade e com que conseqüências. A recolha dos casos concretos é indispensável.” (In CORDEIRO, António Menezes - **Os direitos de personalidade na civilística portuguesa**. Revista da Ordem dos Advogados, p. 1245. Lisboa. v. 61. n.º 3, 2001).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em abril de 1948, dispunha em seu artigo 5.º: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar”.

Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Nova Iorque pela Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948, expressou, em seu artigo 12: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, dispõe em seu artigo 8.º: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, também consagra diversos dispositivos de proteção aos direitos de personalidade. Entre eles, o direito à vida (artigo 6.º); a proibição de torturas, penas ou tratamentos cruéis ou experiências médicas ou científicas, sem o livre consentimento (artigo 7.º); a proibição da escravidão e trabalhos forçados (artigo 8.º); o direito à liberdade e à segurança pessoais (artigo 9.º); a garantia de que as pessoas privadas da liberdade sejam tratadas com respeito e dignidade (artigo 10); a liberdade de locomoção (artigo 12); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana (artigo 16); o direito e a proteção contra ingerência arbitrária ou ilegais na vida privada, seja no âmbito familiar, no domicílio, na correspondência, bem como a proibição de ofensa à honra e à reputação (artigo 17) e o tratamento igualitário e a proibição de qualquer forma de discriminação (artigo 26)²⁹¹.

Extraem-se do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais comandos diretos e indiretos que dizem respeito à proteção dos direitos de personalidade. Entre eles, o artigo 7.º, cujo conteúdo dirige-se à garantia da dignidade da pessoa humana, mediante condições de trabalho dignas e decentes, com a percepção de renda mínima necessária à subsistência da família e a igualdade de tratamento do ser humano no ambiente laboral, sob vários aspectos, e o artigo 12, que reconhece o direito à saúde física e mental das pessoas²⁹².

Também a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, nos artigos 4.º e 18 consagram o direito à vida e ao nome. O Protocolo Adicional à referida Convenção

²⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 264-290. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁹² COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 315; 323. São Paulo: Saraiva, 1999.

(Protocolo de São Salvador), nos artigos 7.º (proteção à dignidade humana, por meio de condições justas, adequadas e igualitárias no trabalho), 10 (direito à saúde) e 12 (direito à alimentação), prevê garantias a esses direitos de personalidade²⁹³.

Na esfera infraconstitucional merece destaque, na Alemanha, a Lei Fundamental (Grundgesetz - GG) 154, de 1949, que reconheceu a existência de direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça, pois se originam na inviolável dignidade da pessoa humana e no direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, condicionados à não violação dos direitos de outrem, desde que não afrontem a ordem constitucional ou a moral. Esses direitos, que obrigam os poderes públicos, são dotados de eficácia e diretamente aplicáveis.

Na segunda metade do século XX, a teoria dos direitos de personalidade ganhou destaque, por intermédio da jurisprudência dos tribunais alemães, no julgamento de novas situações, principalmente aquelas decorrentes dos avanços tecnológicos, inclusive aqueles que favoreceram a invasão da vida privada.

No último quarto do século XX, três Constituições consagraram diversos direitos de personalidade. Em 1976, a Constituição Portuguesa, de 2 de abril (bem como suas revisões), proclamou Portugal como uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e trouxe para o seu texto a positivação de diversos direitos de personalidade assim como a tutela jurídica deles. O artigo 26.º²⁹⁴ é expresso no reconhecimento do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, bem como à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção contra quaisquer formas de discriminação.

A Carta Constitucional Espanhola, de 31 de outubro de 1978, além de estabelecer que as normas de direitos fundamentais e as liberdades que a Constituição reconhece deverão ser interpretadas à luz da DUDH e dos tratados internacionais ratificados pela Espanha, proclamou “a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade”, como fundamentos da ordem política e da paz social²⁹⁵.

Na esteira das Constituições Portuguesa e Espanhola, a Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988, embora não tenha instituído uma cláusula geral de tutela da

²⁹³ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 332-346. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁹⁴ Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

²⁹⁵ Anexo I. Legislação. Espanha. Constituição de 1978.

personalidade²⁹⁶, erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República (artigo 1.º, III), apontando, entre os objetivos fundamentais, a estruturação da sociedade para que seja livre, justa e solidária, na busca da redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, e a ausência de preconceitos e de “quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Referida Carta, em seu artigo 5.º, X, elencou entre os direitos de personalidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

3.2 Conceitos, características e classificação

3.2.1 Conceitos

O que são direitos da personalidade? A resposta a esta pergunta – que não encontra consenso na doutrina – pressupõe resposta a outro questionamento: o que é personalidade?

A palavra personalidade é derivada da expressão latina *persona*, que vem do grego *prósopon*. Segundo Fábio Konder Comparato²⁹⁷, representaria uma “oposição entre a individualidade própria de cada homem e as funções ou atividades por ele exercida na vida social”. Os romanos a compreendiam como um rosto ou uma máscara de teatro que identificava cada personagem. No sentido gramatical, pode ser definida como uma qualidade pessoal ou caráter essencial e exclusivo de uma pessoa²⁹⁸. Na clássica definição de Plácido e Silva²⁹⁹, “opõe-se à aceção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma do ente”. Segundo Rabidranath V. A. Capelo de Sousa³⁰⁰, para os efeitos jurídicos, não há unanimidade quanto ao conceito do que seja personalidade. A propósito, questiona: “Que é, pois, personalidade para o direito? Que elementos da individualidade física e moral do homem são protegidos pelo direito? Que expressões da personalidade de cada homem são juridicamente tutelados?”.

Se não há unanimidade na doutrina quanto ao conceito jurídico de personalidade, não há como negar que se trata de um bem jurídico inerente à pessoa humana,

²⁹⁶ A temática das teorias acerca da tutela dos direitos de personalidade, denominadas de pluralista ou tipificadora (limita a amplitude desses direitos àqueles positivados nos ordenamentos jurídicos) e monista (contempla a existência de um direito geral da personalidade) será objeto de apreciação no item 3.3.1 deste Capítulo.

²⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder- **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**, p. 14-15. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁹⁸ DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1987. v. 3. p. 1321.

²⁹⁹ SILVA, Joseph de Plácido e - **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 3. p. 1.154.

³⁰⁰ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 14. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

cujos conteúdos axiológicos não dependem apenas da vontade do legislador, pois este bem jurídico é pré-existente, já que o legislador apenas o proclama. A propósito, destaca Eroulths Cortiano Junior que o ordenamento jurídico não constrói a noção de pessoa, apenas a receciona. E, ao rececionar a noção de pessoa, “o direito o faz com toda a carga valorativa de que é dotada, e não pode diminuir ou represar este valor. Pode, por certo, limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico”^{301 302 303}.

Segundo Elimar Szaniawski, a “personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana”. Portanto, trata-se de um bem jurídico, “sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens”, ou seja, “aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros”³⁰⁴.

Gustavo Tepedino define a personalidade “como o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”³⁰⁵. Também ressalta Pietro Perlingieri que a concepção atual de personalidade não pode se limitar à ideia de capacidade, nem ser concebida como um direito, visto que se trata de um valor essencial, sustentáculo do ordenamento jurídico. Dessa forma, do seu reconhecimento deriva o amparo a diversos outros direitos, daí brotando a necessidade de sua tutela^{306 307}.

³⁰¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 1.^a ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 45.

³⁰² Ao longo dos anos, os conceitos de capacidade de direito e personalidade vêm sendo tratados, equivocadamente, como sinônimos. Entretanto, conforme destaca Francisco Amaral, a personalidade, visto se tratar de valor inerente à pessoa humana, é algo axiologicamente superior que a capacidade de direito. (In AMARAL, Francisco - **Direito civil: introdução**, p. 220. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.)

³⁰³ Esse bem jurídico não é estático e imutável, pois sofre os efeitos dos aspectos históricos, sociais, culturais e sociológicos. Ademais, trata-se do primeiro bem jurídico, pois dele depende o exercício e o gozo dos demais bens jurídicos pelo ser humano. Portanto, pretender reduzir o conceito de personalidade como a capacidade de ser sujeito “de direitos e deveres na ordem civil”, conforme preconizado no artigo 1.^o do Código Civil Brasileiro (Lei n.^o 10.406/2002), é um conceito por demais limitado.

³⁰⁴ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 35. 2.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo - **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 27.

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro - **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**, p. 155-156. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁰⁷ Sérgio Iglesias Nunes de Souza comunga da ideia de que a personalidade é o bem jurídico primeiro e a define como “um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais”. (In SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de - **Responsabilidade civil por danos à personalidade**, p. 1. Barueri, SP: Manole, 2002.)

Dessa forma, sendo a personalidade um bem jurídico, o primeiro deles para o ser humano, deve ser tutelado pelo Estado, por intermédio dos denominados direitos de personalidade.

Segundo Fábio Maria De Mattia, a teoria dos direitos de personalidade localiza-se “na reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo. A teoria contratualista supôs a existência de um Estado, perante o qual os indivíduos depunham sua liberdade em troca da proteção que dele receberiam, o que gerou a categoria dos direitos inatos”³⁰⁸.

Daniel Sarmiento³⁰⁹ afirma que, segundo a definição clássica, os direitos de personalidade consistiriam em um direito geral à abstenção em favor do titular, pelo qual todos os demais sujeitos ficariam vinculados ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a personalidade do referido titular. Prossegue o autor, referindo-se à doutrina dominante, no sentido de que esses direitos são divididos em dois grandes grupos. O primeiro protege a personalidade física (a vida, o corpo, a voz, a imagem e o cadáver). Já no segundo grupo, estariam inseridos aqueles direitos referentes à personalidade moral ou espiritual (a intimidade, o nome e a reputação, entre outros).

Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que “os direitos de personalidade são espécies de direitos inerentes à dignidade humana que têm por objeto a proteção da incolumidade física, psíquica e moral da própria pessoa”³¹⁰.

Para Orlando Gomes, os direitos de personalidade são aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana e, considerados absolutos pela doutrina, são indisponíveis, visando proteger a pessoa humana, com o objetivo de preservar o ser humano “dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos”³¹¹.

Antonio Carlos Morato reporta-se à definição de Rubens Limongi França, que conceitua os direitos de personalidade como “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspetos da própria pessoa do sujeito, bem como seus prolongamentos e projeções”, aduzindo que Limongi França, ao inserir a palavra pessoa no referido conceito, “possibilitou que nela enquadrássemos tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, uma vez que há fundamento legal, jurisprudencial e doutrinário a atribuir às pessoas jurídicas a titularidade dos direitos da

³⁰⁸ MATTIA, Fábio Maria de - Direitos da personalidade: aspectos gerais. In CHAVES, Antônio (Coord.). **Estudos de Direito Civil**, p. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 97-98. 2.^a ed., 3.^a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 53. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

³¹¹ GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil**, p. 131. 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

personalidade, no que couber”. Com essas considerações define direitos da personalidade como aqueles que “versam sobre a própria pessoa e seus reflexos e que são *reconhecidos* à pessoa humana e *atribuídos* à pessoa jurídica”^{312 313}.

Carlos Alberto Bittar, ao tratar do tema, aduz que se incluem na categoria de “direitos do homem” ou “direitos fundamentais da pessoa natural”, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado, os direitos “à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação. De outro lado, consideram-se ‘direitos da personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens”^{314 315}.

Diogo Leite Campos adverte quanto ao risco de que as relações de poder deturpem o verdadeiro sentido dos direitos de personalidade. Isso porque a paridade ontológica inerente aos seres humanos excluiria tais relações, admitindo-se tão somente relações bilaterais, nas quais todos tenham direitos e obrigações. Esta bilateralidade estender-se-ia às relações sociais entre indivíduos e sociedade, em complexos vínculos que integram direitos e deveres, transformando-se este poder dever em “vínculo de colaboração”. O autor explica que, ao consagrar o direito à vida, este direito não é para dispor dela, mas “para a respeitar e defender como se respeitam e defendem, por identidade de razões, as vidas de

³¹² MORATO, Antonio Carlos - Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 106/107 p. 124. jan./dez. 2011/2012. [Em linha]. [Consult. 26 Mai. 2018]. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/quadro_geral_dos_direitos_da_personalidade.pdf.

³¹³ Para Walter Moraes, o direito de personalidade “[...] é poder que se opõe contra todos, isto é, contra um sujeito passivo universal devedor de respeito, abstenção ou preservação para com o valor pessoal. É, portanto, um direito absoluto. Eis a estrutura da relação jurídica de direito de personalidade”. Embora também seja um direito absoluto, diferencia-se da propriedade “porque esta é eminentemente prescindível e aquele, sendo essencial, é coisa de que se não pode privar um sujeito”. (In MORAES, Walter - Direitos da personalidade: estado da matéria no Brasil. In CHAVES, Antônio (Coord.). **Estudos de Direito Civil**, p. 127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 127.)

³¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**, p. 23. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

³¹⁵ Antonio Carlos Morato se utiliza de uma didática alegoria para ilustrar o seu posicionamento ao comparar a temática a uma situação em que três observadores da mesma estátua (a pessoa humana, natural ou jurídica) em um museu a observam de ângulos distintos. Compara cada um desses observadores a um ramo do Direito. O primeiro observador (o Direito Civil), “mediante os direitos da personalidade, trataria da questão sob o âmbito privado, regulando as relações entre os particulares”. O segundo observador (o Direito Constitucional), “disciplinaria as relações entre a pessoa e o Estado, coibindo os abusos deste por meio das liberdades públicas” – direitos fundamentais. Já os Direitos Humanos (terceiro observador) “fariam parte do Direito Internacional Público, no qual os Estados – entre si – exigiriam o respeito aos direitos da pessoa humana”. (In MORATO, Antonio Carlos - Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 106/107 p. 131-132. jan./dez. 2011/2012. [Em linha]. [Consult. 26 Mai. 2018]. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/quadro_geral_dos_direitos_da_personalidade.pdf.)

todos os outros e de cada um”. Da mesma forma, o direito à integridade física deve ser exercido “para promover a integridade física do eu – e dos outros”^{316 317}.

A prevalência do exacerbado individualismo ou do “ser humano absoluto”, em que “cada pessoa aparece a si própria como naturalmente superior a todas as outras” e a “liberdade absoluta prevalece sobre a igualdade” fizeram com que os direitos de personalidade se destinassem a ser “instrumentos de relação de poder”, em que cada indivíduo só é igual a si mesmo. A superação dessa distorção dar-se-ia com o “justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros”. Assim, para Diogo Leite Campos, a solução do problema se encontra no interior dos direitos subjetivos em geral e nos próprios direitos de personalidade, “mediante o acordo de todas as partes, que se harmonizam para construir um conjunto equilibrado”, pois o funcionamento da relação jurídica não se dá por meio de sucessivos atos de poder, “mas sim em atos de colaboração, eticamente fundados, destinados a perpetuar a composição original”³¹⁸.

Os direitos de personalidade partem da premissa de uma relação de igualdade entre os indivíduos e, por esta razão e em princípio, não possuem uma projeção direta em relação ao Estado. Assim, esses direitos transitam em um patamar de horizontalidade, embora não no mesmo grau hierárquico. Isso porque, para a garantia do exercício e para a implementação desses direitos, seja entre pessoas físicas, seja entre pessoas físicas e jurídicas, não se podem esquecer as influências e os efeitos das relações de poder que acarretam a quebra do princípio da igualdade real. E é em razão desses importantes componentes (relações de poder e fratura do princípio da igualdade real) que esses direitos, embora exigíveis entre particulares, estão a clamar, no mundo contemporâneo, uma aguda e incisiva regulação e proteção estatal, como forma de restabelecer a premissa inicial do indispensável equilíbrio e da igualdade entre os seres humanos.

³¹⁶ CAMPOS, Leite Diogo - **Nós**: estudo sobre o direito das pessoas, p. 132-133. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

³¹⁷ Todavia, o que se vê, ressalta Diogo Leite Campos, é que “qualquer direito da personalidade é considerado superior a qualquer outro. Basta que o que o invoca esteja em posição de vantagem, seja o mais forte”. Portanto, o “Direito não aparece assente na justiça, mas, abandonado ao jogo de interesses, transforma-se no produto da vontade do mais forte”. A crítica do autor prossegue com a afirmação de que a liberdade e a igualdade, ao longo da história, têm sido usadas pelos poderosos como mero processo de “transferência do poder” e os direitos políticos de base (liberdade, igualdade e propriedade) surgem “como simples instrumentos de luta dos egoísmos”. (In CAMPOS, Leite Diogo - **Nós**: estudo sobre o direito das pessoas, p. 153-154; 157-158. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.)

³¹⁸ CAMPOS, Leite Diogo - **Nós**: estudo sobre o direito das pessoas, p. 160-163. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

3.2.2 Características e classificação

Jorge Miranda³¹⁹ extrai de diversos autores características dos direitos de personalidade, entre elas a de que são posições jurídicas fundamentais do homem, adquiridas pelo simples facto de nascer (Cabral de Moncada); trata-se de aspetos imediatos da exigência de integração do homem (Gomes da Silva); são condições essenciais do homem, ao seu ser e devir (Orlando de Carvalho); traduzem o conteúdo necessário da personalidade (Adriano de Cupis e Paulo Cunha); são emanações da personalidade humana em si (Oliveira Ascensão); são direitos de exigir de outrem o respeito à sua personalidade (Adriano Vaz Serra); seus objetos não são algo exterior ao sujeito, mas modos de ser físico e morais da pessoa (Adriano de Cupis, Carlos Mota Pinto e Rabidranath Capelo de Sousa); são bens da personalidade física, moral e jurídica (Carvalho Fernandes e Menezes Cordeiro); são manifestações parciais da personalidade humana (Capelo de Sousa); e, também, defesa da própria dignidade (Pedro Pais de Vasconcelos).

Fábio Maria de Mattia³²⁰ sintetiza o pensamento de alguns autores sobre as características dos direitos de personalidade. Para Adriano De Cupis, seriam a intransmissibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade; para Jean Carbonnier, geral (atinge todas as pessoas), extrapatrimonial e absoluto; para Alberto Trabucchi, não patrimonial, absoluto, inalienável, intransmissível, imprescritível e irrenunciável; e, para Arturo Valencia Zea, absoluto, inato, fora do comércio e insuscetível de avaliação patrimonial.

Daniela Vasconcellos Gomes³²¹ sustenta que os direitos de personalidade têm caráter absoluto, são oponíveis *erga omnes*, obrigando todos ao seu cumprimento, pois esta característica tem estreita ligação com a indisponibilidade, que abrange a intransmissibilidade³²², a irrenunciabilidade e a impenhorabilidade “o que significa que se trata de direito que não pode mudar de titular nem pela própria vontade do indivíduo, pois vinculado à pessoa”. Prossegue a doutrinadora, aduzindo que esses direitos também têm

³¹⁹ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 82-83. 2.ª ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017.

³²⁰ MATTIA, Fábio Maria de - Direitos da personalidade: aspectos gerais. In CHAVES, Antônio (Coord.). **Estudos de Direito Civil**, p. 110-111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

³²¹ GOMES, Daniela Vasconcellos - Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. **Boletim Jurídico**. [Em linha]. Uberaba/MG, a. 12, n.º 752. [Consult. 25 Mai. 2018]. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2119/algumas-consideracoes-os-direitos-personalidade.

³²² Comentando acerca da possibilidade de relativização essas características dos direitos de personalidade e referindo-se à questão da intransmissibilidade (como é o caso da possibilidade temporária da cessão dos direitos patrimoniais alusivos à autoria e à imagem), Carlos Alberto Bittar aduz que “certos direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte do seu titular, sem, no entanto, afetar-se seus caracteres intrínsecos”. (In BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**, p. 12. 6.ª ed. rev. atual. e aum. Por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003).

caráter vitalício e imprescritível, não se extinguindo pelo não uso e subsistem, inclusive, além da morte do indivíduo, em face do direito ao cadáver. Louvando-se nos comentários de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³²³, afirma que outra característica manifesta desses direitos é o seu caráter extrapatrimonial direto, ainda que, em algumas circunstâncias, como em caso de lesão, possa ser mensurada economicamente. Como exemplo, aponta os direitos autorais.

Luiz Edson Fachin assevera que os direitos de personalidade são, ao mesmo tempo, de natureza privada e pública. Apresentam feição privada por dizerem respeito a um particular. Já a feição pública ocorre em face da garantia desses direitos. Exemplifica apresentando que o direito “à liberdade é o direito de um indivíduo, e a tutela desse direito é de ordem pública. Esses direitos personalíssimos, no sentido clássico, nascem e se desenvolvem no âmbito das relações privadas”³²⁴.

Também não há consenso na doutrina em relação à classificação dos direitos de personalidade. Veja-se, a seguir, a posição de alguns respeitáveis doutrinadores.

Rabidranath V. A. Capelo de Sousa sustenta que, em uma sistematização tradicional ou clássica dos direitos de personalidade, admita-se ou não um direito geral de personalidade, inicialmente é decomposta em função da personalidade física e da personalidade moral, com suas respectivas subdivisões. Na personalidade física, incluem-se os direitos à vida, à integridade física e, às partes separadas do corpo e sobre o cadáver. Na personalidade moral, os direitos à liberdade, à honra, à reserva, à identidade e à autoria moral. Os direitos de liberdade incluiriam a liberdade de expressão do pensamento, de consciência, de associação e outras^{325 326}.

³²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo curso de direito civil**: parte geral. Vol. I, p. 153-154. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

³²⁴ FACHIN, Luiz Edson - **Teoria crítica do direito civil**, p. 102-103. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³²⁵ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 123. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³²⁶ Na sistematização dos direitos de personalidade proposta por Rabidranath V. A. Capelo de Sousa, referido autor aduz que o artigo 70.º do Código Civil de Portugal, bem como a doutrina e a jurisprudência, ao admitir um direito geral de personalidade, “sustenta o carácter não taxativo dos mesmos”. Embora encampe direitos apontados por doutrinadores lusos (Pires de Lima, Antunes Varela e Orlando de Carvalho), tais como os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, ao bom nome, à saúde, ao repouso, aos bens especiais da vida, às partes destacáveis do corpo humano, da imagem, da palavra escrita e falada, do carácter pessoal, da história pessoal, da intimidade pessoal, da identificação pessoal e da criação pessoal, Capelo de Sousa afirma que “face ao carácter *ilimitado, solidário* e algo *desconhecido* dos bens integrantes da natureza humana, não parece que possa aprioristicamente fazer-se uma enumeração completa e indiscutível de tais bens”. Afirma ainda Capelo de Sousa que o legislador português, ao estipular uma cláusula geral dos direitos de personalidade, afastou qualquer taxatividade dos bens protegidos e “entendeu tutelar a personalidade física ou moral, *tout court*, do indivíduo e, portanto, todos os seus bens, forças ou potencialidades, presentes ou futuros, conhecidas e desconhecidas, que integram tal ideia”. Assim, sustenta que o objeto da tutela geral do conteúdo da personalidade humana não pode deduzir-se de “uma mera análise sincrónica da estática da personalidade”, mas “a partir de uma perspectiva do dinamismo da própria personalidade humana e do seu circunstancialismo típico”.

Apesar de afirmar não ser possível nem desejável uma enumeração taxativa dos bens concretos da personalidade humana a serem tutelados, Rabidranath V. A. Capelo de Sousa propõe, por razões práticas de aplicação do Direito, uma sistematização sustentada em dois grandes eixos. No primeiro eixo, que denomina de “complexo unitário somático-psíquico da personalidade humana”, inserem-se a vida humana, o corpo e seus elementos básicos (somático, psíquico e saúde), o espírito e seus sistemas fundamentais (os sentimentos, a inteligência e a vontade) e a capacidade criadora do homem e respectivas criações. O segundo eixo, de uma “dimensão relacional ‘eu’ mundo da personalidade humana, compreenderia a identidade, a liberdade, a igualdade, a existência e a segurança, a honra, a reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida privada, além do desenvolvimento da personalidade³²⁷.

Segundo Antonio Carlos Morato³²⁸, assume relevo a classificação bipartida, adotada por Orlando Gomes³²⁹ (direito à integridade física e direito à integridade moral) e a classificação tripartida, adotada, entre outros por Carlos Alberto Bittar³³⁰ (integridade física, psíquica e moral), Rubens Limongi França³³¹ (física, intelectual e moral) e, ainda, a

(In SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 151-155. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³²⁷ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 202-352. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³²⁸ MORATO, Antonio Carlos - Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 106/107 p. 143-144. jan./dez. 2011/2012. [Em linha]. [Consult. 26 Mai. 2018]. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/quadro_geral_dos_direitos_da_personalidade.pdf.

³²⁹ Para Orlando Gomes, são direitos à integridade física: a) o direito à vida; b) o direito sobre o próprio corpo (corpo inteiro e partes separadas), compreendendo, ainda, os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica. São direitos à integridade moral: a) o direito à honra; b) o direito à liberdade; c) o direito ao recato; d) o direito à imagem; e) o direito ao nome; f) o direito moral do autor. (In GOMES, Orlando - **Introdução ao Direito Civil**, p. 153. 14.^a ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999).

³³⁰ Carlos Alberto Bittar aduz: “nessa classificação toma-se, de início, a pessoa como ser individual, destacando-se seus dotes físicos, ou atributos naturais em sua composição corpórea (ou conformação física). São os elementos extrínsecos da personalidade. Ao depois, voltando-se para o seu interior, encontram-se os direitos psíquicos, ou atributos da inteligência ou do sentimento. São os elementos intrínsecos ou íntimos da personalidade (que compõem o psiquismo humano). De outro lado, à vista da consideração da pessoa como ser social, localizam-se os direitos morais, correspondentes a qualidades da pessoa em razão da valoração na sociedade, frente a projeções ou a emanações (ou manifestações) em seu contexto”. Assim, são direitos físicos, os alusivos “à vida, à integridade física (higidez corpórea); ao corpo; a partes do corpo (próprio e alheio); ao cadáver e a partes; à imagem (efígie) e à voz (emanação natural)”. Direitos psíquicos são aqueles que se referem “à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros); à intimidade (estar só, privacidade ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional)”. São direitos de natureza moral, aqueles que dizem respeito “à identidade (nome e outros sinais individualizadores); à honra (reputação, ou consideração social), compreendendo a externa, ou objetiva: boa fama, ou prestígio; e a interna, ou subjetiva: sentimento individual ou do próprio valor social; ao respeito (conceito pessoal, compreendendo a dignidade: sentimento das próprias qualidades morais; e o decoro: a conceituação da própria respeitabilidade social); às criações intelectuais (produtos do intelecto, sob o aspeto pessoal do vínculo entre o autor e a obra, incluída a correspondência)”. (In BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**, p. 63-64. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989).

³³¹ I - Direito à integridade física, compreendendo os direitos à vida e aos alimentos; sobre o próprio corpo vivo; sobre o próprio corpo morto; sobre o corpo alheio vivo; sobre o corpo alheio morto; sobre as partes

classificação adotada por Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida (direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade moral e direito à integridade intelectual)³³², que entende o direito à vida como espécie à parte, pois dele emanam os demais direitos de personalidade.

Alice Monteiro de Barros³³³ classifica os direitos de personalidade em direito à integridade física (direito à vida, à higidez corpórea, às partes do corpo e ao cadáver, entre outros), direito à integridade intelectual (liberdade de pensamento e autorias artística, científica e de invenção) e direito à integridade moral (aqui incluídos o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, à boa fama, à liberdade civil, à liberdade política e à liberdade religiosa).

Com inspiração na doutrina alemã, especialmente em Hubmann, e a ele aderindo e se referindo, Silvio Romero Beltrão³³⁴, ao tratar da classificação dos direitos de personalidade, sustenta que a personalidade se divide em três elementos: a dignidade humana, a individualidade e a pessoalidade³³⁵.

3.3 Tutela jurídica dos direitos de personalidade

3.3.1 Teorias

A proteção tipificada da personalidade, que vigorou no século XIX, deveu-se ao positivismo que imperava à época. Os direitos da personalidade positivados se limitavam

separadas do corpo vivo e sobre as partes separadas do corpo morto. II - O Direito à integridade intelectual compreende os direitos à liberdade de pensamento; pessoal de autor científico; pessoal de autor artístico e pessoal de inventor). III - Direito à integridade moral, assim entendidos os direitos à liberdade civil, política e religiosa; à honra; à honoroficiência; ao recato; ao segredo pessoal, doméstico e profissional; à imagem e à identidade pessoal, familiar e pessoal. (In FRANÇA, Rubens Limongi - **Manual de Direito Civil**. 3.^a ed. revista. Vol. I, p. 411-412. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975).

³³² ALMEIDA - Silmara Juny de Abreu Chinelato. **Tutela civil do nascituro**, p. 292-293. São Paulo: Saraiva, 2.000.

³³³ BARROS, Alice Monteiro de - **Proteção à intimidade do empregado**, p. 25. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009.

³³⁴ BELTRÃO, Silvio Romero - **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo Código Civil, p. 98. São Paulo: Atlas, 2005.

³³⁵ Na dignidade humana, estaria incluído o direito à existência, à integridade física, à locomoção, à saúde e os demais direitos que se destinam à conservação da vida, entre eles a legítima defesa.

Quanto à individualidade, essa se dividiria nas esferas individual ou pública (mais ampla), privada (menos ampla) e secreta (mais restrita). Na esfera individual, encontram-se os direitos à identificação pessoal, ao nome, à imagem, à honra e à palavra escrita e falada. Na esfera privada, na qual as pessoas não se expõem ao público em geral, mas a um determinado grupo de indivíduos nos quais deposita confiança, estão os direitos à intimidade. Na esfera secreta, aquela em que as pessoas guardam e protegem as suas convicções mais profundas, não querendo expô-las a ninguém ou a um reduzidíssimo número de pessoas, estariam o direito ao silêncio e ao segredo.

O elemento da pessoalidade se destina à proteção da individualidade e da autonomia da pessoa. No particular, a expressão individualidade é entendida e assegurada como liberdade, seja a liberdade de ação, de força de trabalho, de associação, cultural, e a liberdade de expressão do pensamento, entre outras.

ao âmbito do direito público e se destinavam à proteção da pessoa humana contra o Estado. Após a Segunda Guerra, surgiu e desenvolveu-se uma necessidade de proteção mais ampla a esses direitos, o que resultou na ampliação da sua esfera de tutela, o que se espraiou também para as relações privadas. Dessa forma, o direito geral de personalidade surgiu como uma reação da doutrina moderna à doutrina tradicional, que admitia a tutela desses direitos apenas contra as lesões praticadas pelo Estado.

A nova concepção de tutela dos direitos da personalidade deixa de lado a dicotomia da tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais pelo direito público e dos direitos personalíssimos pelo direito privado, migrando para uma tutela pelo direito, genericamente. Nesse contexto, afirma Eroulths Cortiano Júnior que “não se fala mais na proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito”³³⁶.

A superação da dicotomia direito público e direito privado em relação à tutela da personalidade é proposta por doutrinadores contemporâneos. Nesse contexto, Elimar Szaniawski ressalta que esta dicotomia não tem mais lugar na noção de Estado Social, pois este modelo de Estado prescinde da tradicional separação de direito público (cujas normas se destinam a regular as relações entre o Estado e o particular), do direito privado (constituído de regras para regular apenas as relações entre particulares)³³⁷.

Entretanto, os direitos da personalidade, sob esta nova concepção, ainda não estão consolidados, não havendo consenso doutrinário. Existem duas correntes teóricas que se destinam à sua tutela. A primeira (denominada pluralista, tipificadora ou fracionária) fundamenta a tutela dos direitos da personalidade com base nos direitos tipificados em lei “protegendo os bens jurídicos valorados pelo legislador como os mais importantes para a tutela da vida humana”. A segunda, denominada monista, “defende a existência de um direito geral de personalidade, de caráter abrangente, abrigando a proteção de todos os bens jurídicos integrantes da personalidade humana”, mesmo que não positivados³³⁸.

Elimar Szaniawski, ao tratar da corrente pluralista, afirma que “nesta modalidade, se fracionam e tipificam os direitos oriundos da personalidade humana em diversos direitos fechados, de acordo com as diversas manifestações ou atributos da

³³⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 38. In FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 1.^a ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³³⁷ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 57. São Paulo: RT, 2002.

³³⁸ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 98. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

personalidade do indivíduo”³³⁹. Expõe ainda que a teoria pluralista (fracionária e tipificadora) encontra-se em declínio, formulando-lhe crítica³⁴⁰:

A adoção de uma teoria tipificadora dos direitos de personalidade pela doutrina e pelos tribunais, tem se mostrado insuficiente e confusa no que tange à proteção da pessoa humana, deixando de serem tutelados inúmeros atentados contra a personalidade por falta de previsão legal. Além do mais, a teoria que fraciona e tipifica os direitos de personalidade, de acordo com inúmeros atributos da personalidade inclui, nesta categoria de direitos, figuras estranhas aos direitos de personalidade, conforme demonstração de Kayser, denominando estes “direitos” de falsos direitos de personalidade. A teoria dos direitos de personalidade plúrimos contribui para o surgimento de uma verdadeira enxurrada de direitos e classificações, incluindo, nessa categoria jurídica, diversos outros direitos que não se caracterizam como verdadeiros direitos de personalidade.³⁴¹

Outros juristas, entre eles o italiano Adriano de Cupis, posicionam-se a favor da teoria tipificadora, fracionária ou pluralista dos direitos de personalidade. Referido autor alega que tais direitos, essenciais à pessoa, só são essenciais quando positivados no ordenamento jurídico e, por esta razão, só merecem tutela quando contemplados pelo ordenamento positivo³⁴².

Ratificando os ensinamentos de Adriano de Cupis, Orlando Gomes não concorda com a existência de um direito geral de personalidade e fundamenta sua posição ao afirmar que “a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem [...]”^{343 344}.

O direito geral da personalidade ressurgiu e veio a se afirmar no direito alemão. Todavia, inicialmente, o Tribunal do Império da Alemanha não admitiu esta modalidade de direito. Entretanto, a partir da Lei Fundamental de Bonn (*Grund Gesetz*, de 23 de maio de 1949, que mais tarde viria a se tornar a Constituição da Alemanha) e da implantação do

³³⁹ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p. 85. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁴⁰ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p. 122. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³⁴¹ Também Fernanda Borghetti Cantali afirma que a teoria tipificadora ou pluralista encontra-se em decadência e não se sustenta diante das críticas. A primeira acusa essa teoria de ausência de cientificidade, pois em havendo lacunas legais haveria o fracasso da integralidade da tutela da personalidade. A outra crítica seria a distinção dos direitos de personalidade em públicos e privados, em dissonância com a tendência atual de constitucionalização e publicização do direito privado. (In CANTALI, Fernanda Borghetti - **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana, p. 80. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

³⁴² DE CUPIS, Adriano - **Os Direitos da Personalidade**, p. 24. 1.^a ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

³⁴³ GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil**, p. 136-137. 19.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³⁴⁴ Diego da Costa Gonçalves também rejeita a existência de um direito geral de personalidade e propõe seja fixado um núcleo objetivo de elementos da personalidade, com a redução dos direitos de personalidade a um mínimo fundamental, afirmando, ainda, que “por mais contraditório que pareça quanto mais direitos, menos tutela da pessoa humana”. (In GONÇALVES, Diogo Costa - **Pessoa e Direitos de Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela, p. 94-95. Coimbra: Almedina, 2008.)

Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht – Bverfg*, em 12 de março de 1951), este direito se afirmou e, segundo Wanderley de Paula Barreto³⁴⁵, o desenvolvimento se deu como uma reação ao tripúdio sofrido pelos direitos fundamentais da pessoa humana como consequência da extinta política do recém destruído Estado nacional-socialista e a adoção da denominada teoria *Drittwirkung*, mediante a “aplicabilidade do direito objetivo da personalidade também para obrigar terceiros, particulares, e de responsabilizá-los pelos danos defluentes de lesões a tais direitos”.

Ainda segundo Wanderley de Paula Barreto, o Tribunal Federal do Trabalho (*Bundes Arbeitsgericht*) foi que, de forma pioneira, primeiro julgou no sentido da eficácia imediata dos direitos da personalidade em relação a terceiros, cuja decisão se fundou na imposição do respeito à ordem pública, não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares. Entretanto o Tribunal Constitucional, em interpretação restritiva da Lei Fundamental, entendeu que o comando direto se dava apenas em relação ao Estado e, de forma indireta, quanto aos particulares³⁴⁶.

Conforme ressaltado, a partir do disposto nos artigos 1 e 2 da Constituição da Alemanha³⁴⁷, principalmente no que diz respeito à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, a doutrina bem como a jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça passaram a admitir a existência de um direito de personalidade. Eroulths Cortiano Júnior destaca que tanto a Lei Fundamental quanto o Tribunal Federal reconheceram que “todo homem merece respeito à sua dignidade e tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, direitos que são o fundamento da vida social e em relação aos quais o Estado tem o dever de observância”^{348 349 350}.

³⁴⁵ BARRETO, Wanderley de Paula - **Comentários ao código civil brasileiro**. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 109-110.

³⁴⁶ BARRETO, Wanderley de Paula - **Comentários ao código civil brasileiro**. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 109-110.

³⁴⁷ Anexo I. Legislação. Alemanha. Constituição Federal.

³⁴⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 46. In FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁴⁹ Wanderley de Paula Barreto aponta como *leading case*, em matéria de direitos da personalidade, a jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof - BGH*), que concedeu indenização de natureza pecuniária no caso de utilização indevida, por meio de um anúncio publicitário, da imagem de um cavaleiro (*Herrenreiter*) que aparecia pulando uma cerca. O fundamento da decisão não se deu com base no Direito Civil (BBG, § 23), mas no direito geral de personalidade decorrente dos princípios contidos na Lei Fundamental de Bonn. (In BARRETO, Wanderley de Paula - **Comentários ao código civil brasileiro**, p. 110. v. 1. ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005).

³⁵⁰ Elimar Szaniawski sustenta que a jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça da Alemanha, ao introduzir o direito geral de personalidade, foi motivada por razões históricas, principalmente em vista dos horrores do nazismo e dos regimes totalitários do pós-Segunda Guerra, que se caracterizavam pelo desprezo à vida humana e pela personalidade, o que fez com que os povos despertassem “para uma nova necessidade de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do ser humano como pessoa”. (In

Rabidranath V.A. Capelo de Sousa afirma que, após as duas Grandes Guerras Mundiais, tomou-se consciência dos “riscos da subalternização do indivíduo humano face aos desígnios da estrutura do poder detentora do aparelho do Estado”. Por outro lado, prossegue o doutrinador luso, a ocorrência de diversas interferências na vida privada do cidadão e também da evolução tecnológica e social levaram o homem a reivindicar para si certo espaço, bem como a reclamar um “direito à diferença que contemple a especificidade de sua personalidade”. Assim, entende o referido doutrinador que a satisfação das necessidades humanas não se dará pelo alargamento das especificidades dos direitos de personalidade, mas por meio da “consagração de um direito geral de personalidade, cujo objeto se procura concretizar e delimitar”³⁵¹.

Capelo de Sousa então define o direito geral de personalidade como o direito de cada ser humano³⁵²:

[...] ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a consequente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. Noção esta em que assume particular relevância o facto de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjectivo, ou seja, face a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo [...].

Segundo Elimar Szaniawski, a visão teórica acerca do direito geral da personalidade se coloca como uma solução para as críticas apontadas contra a teoria fracionária e tipificadora pluralista, pois seria a única teoria capaz de tutelar integralmente a personalidade humana, apresentando-se como meio jurídico necessário à tutela da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade do ser humano³⁵³.

Fernanda Borghetti Cantali afirma que, apesar de vários doutrinadores brasileiros apontarem classificações próprias dos direitos da personalidade, o que seria um indicativo de tendência pela adoção da teoria tipificadora, a maioria da doutrina se inclina e

SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p. 56. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

³⁵¹ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 84. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁵² SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 93. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁵³ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p. 116-122. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

adota a teoria do direito geral da personalidade como aquela que é a única capaz de contemplar e proteger por completo a personalidade humana³⁵⁴.

Antonio Carlos Morato afirma que os juristas Jorge Miranda, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Gustavo Bonato Fruet sustentam a existência de um direito geral da personalidade que “é defendida em razão dos diversos tipos de lesões aos direitos da personalidade”, ao mesmo tempo em que “informam a existência de um embate em Portugal quanto à sua aceitação, sendo a Escola de Direito de Coimbra favorável e a de Lisboa maioritariamente contrária”³⁵⁵.

Para Daniel Sarmento, a compreensão do conceito da tutela da personalidade humana exige um dilatamento, de tal sorte que esta tutela venha a incidir sobre todas as situações em que haja ofensa à dignidade humana, havendo ou não tipificação em lei. Esta proteção dar-se-ia por meio de diversos institutos jurídicos, entre eles a invalidação de atos jurídicos, responsabilização civil e imposições de obrigação de fazer ou não fazer, isto por se tratar do maior valor existente no ordenamento jurídico. Ademais, destaca o autor que a tutela da personalidade humana vai, além disso, exigindo também condutas positivas, entre elas, o dever de os pais educarem os filhos e dos planos de saúde cobrirem o tratamento de certas doenças³⁵⁶.

Franciellen Bertoncello³⁵⁷ sustenta que o passo inicial para se definir o objeto tutelado pelo direito geral da personalidade é a compreensão de que a personalidade humana deve ser juridicamente tutelada como uma cláusula geral, que é a técnica mais adequada diante da complexidade das sociedades contemporâneas, “pois as normas tradicionais não são mais capazes, sozinhas, de disciplinar a totalidade da vida social”. Para a compreensão do que

³⁵⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti - **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana, p. 77-82. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³⁵⁵ Segundo Morato, os referidos doutrinadores criticam o direito geral da personalidade sob dois prismas: o primeiro, pela “impossibilidade lógica de um sujeito de direito ser objeto da situação jurídica por ele titularizada”. A segunda crítica afirma que o referido direito encerra uma categoria desnecessária “com amplitude exagerada e que pode resultar em abusos, especialmente quando se tem à mão a ideia de que esses direitos subordinam-se ao regime de *numerus apertus*”. Inclusive concluem afirmando que, apesar de ser um direito concebível, é dispensável. (In MORATO, Antonio Carlos. Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [Em linha]. V. 106/107 p. 153. jan./dez. 2011/2012. [Consult. 26 Mai. 2018]. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/quadro_geral_dos_direitos_da_personalidade.pdf.)

³⁵⁶ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 100-102. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁵⁷ BERTONCELLO, Franciellen - **Direitos da Personalidade**: uma nova categoria de direitos a ser tutelada, p. 51. [Em linha]. Dissertação de Mestrado. [Consult. 22 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>.

seja a técnica da cláusula geral, vale-se dos ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier³⁵⁸, *verbis*:

Cláusulas gerais são normas em que vêm explicitados princípios jurídicos e que têm por função dar ao Código Civil aptidão para escolher (= passar a abranger) hipóteses que a experiência social ininterruptamente cria e que demandam disciplina. Assim, as cláusulas gerais, pode-se dizer, têm um potencial de abrangência infinitamente maior do que as regras jurídicas de estrutura tradicional, mais minuciosas e que contêm em si mesmas descrita sua hipótese de incidência.

Assim como os princípios, as cláusulas gerais se destinam a fazer com que o direito acompanhe a velocidade e as transformações da sociedade e do mundo globalizado atual. Para o alcance desse desiderato, faz-se necessário que a norma possua uma linguagem intencionalmente aberta e com conceitos menos rígidos. Segundo entendimento de Rabidranath V.A. Capelo de Sousa, esta técnica legislativa, embora em princípio comprometa a eficácia prática dos sistemas jurisprudenciais positivistas formais, tem a vantagem de permitir, em sistemas jurisprudenciais valorativos, maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas^{359 360 361}.

Ao contrário do entendimento de outros respeitáveis juristas (entre eles, Adriano de Cupis, Orlando Gomes, Jorge Miranda, Diego da Costa Gonçalves, Otávio Luiz Rodrigues Júnior e Gustavo Bonato Fruet), Eroulths Cortiano Júnior afirma que há uma tendência mundial de reconhecimento do direito geral da personalidade, o que encontraria justificativa “na falência do ideal positivista, como também, na infinita possibilidade de

³⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim - Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – a função social do contrato, p. 60. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.º 831, jan/2005.

³⁵⁹ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 93. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁶⁰ Judith Marthins Costa adverte que as cláusulas gerais não têm a pretensão de dar uma resposta prévia a todos os problemas da realidade, pois essas respostas são construídas progressivamente pela jurisprudência. Isso porque, por atuarem tecnicamente como meta normas, por não regulamentarem nada de forma completa e exaustiva, permitem remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis, quando poderá se utilizar de tipologias sociais variáveis, bem como dos usos e costumes vigentes em determinado ambiente social. (In MARTHINS-COSTA, Judith - **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. Vol. I, p. 119. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000).

³⁶¹ Cristiane Avancini Alves sustenta que as cláusulas gerais devem ser entendidas como o objeto do direito geral da personalidade, garantida assim a mobilidade sistemática, permitindo a expansão da hermenêutica para além do sistema jurídico, concretizando determinado valor ou diretiva, o que se traduz em uma conexão extra-sistemática. Aduz ainda que essa técnica garante uma ligação entre as normas de cada texto legislativo, o que denomina de ligação intra-sistemática, possibilitando, também, uma conexão intersistemática, por meio da ligação de diferentes textos legais de distintas hierarquias, como entre a Constituição e o Código Civil. (In ALVES, Cristiane Avancini - **Os direitos da personalidade** e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas. Revista Jurídica, p. 40. Sapucaia do Sul - RS, n.º 330, abr. 2005).

desenvolvimento da personalidade humana (o que acarreta infinitas possibilidades de ofensas)”³⁶².

Diversos países, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, adotam os direitos de personalidade. Entre as primeiras legislações, apontam-se a Áustria e a Suíça (artigo 28 do Código Civil) como os primeiros países que os adotaram. O artigo 28 do Código Civil suíço prevê três espécies de medidas judiciais protetivas da personalidade do homem, com as pretensões alusivas à cessação da perturbação, de reparação por perdas e danos e a reparação por danos morais³⁶³.

Extrai-se do art. 57 do Código Civil Grego o direito geral de personalidade. Quanto aos países anglo-saxônicos, “a extensão a tipos de situações cada vez mais amplos” refletem a necessidade de se caminhar para uma tutela geral da personalidade humana. Nos países de economia socialista, após período de relutância, foi ganhando consistência a ideia do direito geral de personalidade. Quanto à França e a Itália, onde “o positivismo legal mais fortemente deu preferência à especialização dos direitos de personalidade”, vem-se alargando “o leque dos direitos especiais de personalidade, que não estão sujeitos a qualquer *numerus clausus*”. Em Portugal, o artigo 70.º, n.º 1, do Código Civil, ao estabelecer que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, permite sustentar a existência de um direito geral de personalidade³⁶⁴.

Vê-se, portanto, que não há consenso doutrinário em relação às teorias existentes, que, conforme exposto, vêm sendo debatidas na doutrina, sob dois prismas distintos, a teoria tipificadora ou pluralista e a teoria monista, que defende um direito geral da personalidade.

Considerando o contexto da tipificação dos direitos da personalidade, em decorrência da velocidade da mutação dos fatos sociais no mundo globalizado em que vivemos, e, em sentido oposto, a inegável morosidade do legislador, não há como negar a existência de prejuízo e limitação na tutela tempestiva desses direitos. Assim, diante da ausência de regulação para tipificação em tempo hábil, bem como da mutação dos fatos sociais, a enumeração dos direitos da personalidade seria sempre incompleta e insatisfatória, tornando também incompleta e insatisfatória a sua tutela.

³⁶² CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, p. 47. In FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁶³ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 62. São Paulo: RT, 2002.

³⁶⁴ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de - **O direito geral da personalidade**, p. 86-87; 90. Coimbra: Coimbra Editora S/A, 2011 (reimpressão).

Diante do exposto e com o objetivo de se permitir a máxima proteção aos direitos da personalidade, adota-se nesta pesquisa posição de se acompanhar a teoria que preconiza um direito geral da personalidade; entretanto, sem desprezar as normas já tipificadas, desde que estejam em harmonia com a realidade social contemporânea. Acresça-se a esta posição o entendimento esposado por Daniel Sarmiento³⁶⁵ de que a tutela da personalidade humana exige também que se imponham condutas positivas pelos demais integrantes da sociedade, como a família e outras instituições envolvidas nesse processo, ligadas à promoção e a realização dos valores da personalidade.

3.3.2 *Direito Internacional*

Ressalta Rabidranath V. A. Capelo de Sousa³⁶⁶ que a garantia dos direitos de personalidade alcança também a seara do direito internacional público, abrangendo as relações jurídicas que dizem respeito à personalidade, por intermédio das normas constituídas na comunidade universal ou em comunidades internacionais parciais. A Organização das Nações Unidas assumiu, entre seus objetivos, além da promoção da paz e da segurança internacionais, a cooperação internacional na solução dos problemas internacionais de caráter econômico, cultural, social e humanitário, também a promoção e o estímulo ao respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, consoante os artigos 1.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 55.º da Carta das Nações Unidas. Os direitos de personalidade, entre eles a vida, a integridade física e a segurança das populações civis, sofrem riscos ou lesões, nas hipóteses de ameaça à paz, violação da paz ou atos de agressões internacionais.

Infere-se dos artigos 39.º a 51.º da Carta das Nações Unidas que é atribuição da ONU, na verificação dos ilícitos internacionais, a tomada de decisões, com expedição de recomendações (artigo 13.º) e a aplicação de medidas apropriadas, inclusive, se for o caso, a utilização de forças armadas. A referida Carta também instituiu o Tribunal Internacional de Justiça, encarregado do exame das ruturas jurídicas dos compromissos internacionais (artigo 36.º, n.º 2, alínea d). Todavia, o acesso a este Tribunal não é facultado aos particulares, apenas aos Estados (artigo 35.º).

Registre-se, também, o imperioso comando contido no artigo 12 da DUDH, no qual estão consagrados os direitos (inclusive de previsão legal) contra a não interferência na

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 101. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁶⁶ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 505-507. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

vida privada, na família, no lar, na correspondência, bem como nos ataques à honra e à reputação. Da mesma forma, em relação ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (de 1966), nas hipóteses de afronta aos direitos humanos, só se admite a legitimidade ativa aos Estados, e, quanto aos particulares, admite-se apenas o acesso ao Comitê dos Direitos do Homem, instituído pelo artigo 28.º do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, para a tutela dos citados direitos^{367 368}.

Quanto à tutela dos direitos de personalidade nas comunidades internacionais parciais, o Conselho da Europa, como instituição de promoção e proteção dos direitos do homem no Continente Europeu, promoveu a assinatura da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na qual constam a previsão e a garantia de diversos direitos de personalidade, tais como o direito à vida, à não sujeição a torturas e tratamentos desumanos, a não ser mantido em regime de escravidão, bem como a não se submeter a trabalho forçado e obrigatório, à liberdade e à segurança, à vida privada e familiar, à liberdade de pensamento, de expressão, de reunião, de consciência, de religião, de associação, de circulação e de escolha da residência. Aos direitos assegurados pela CEDH, acresçam-se aqueles previstos na Carta Social Europeia, de 1961. Tais direitos “são garantidos internacionalmente apenas face a ofensa dos Estados contratantes, que não face a ofensa dos particulares”. Entretanto, os particulares, esgotados os recursos internos, podem dirigir petição ao Secretário Geral do Conselho da Europa “que funciona como órgão auxiliar da execução da Convenção”. São instâncias deliberativas a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (órgão de conciliação e instrutório), o Comitê de Ministros (órgão político) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (órgão jurisdicional, cujas decisões são definitivas e executórias)³⁶⁹.

Ainda no âmbito do continente europeu, o Tratado de Roma (assinado em 25 de março de 1957), o qual criou a Comunidade Econômica Europeia, estabeleceu a proteção de diversos direitos de personalidade, como a proibição de discriminação em razão de

³⁶⁷ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 505-506. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁶⁸ Ressalta Flávia Piovesan que a proteção internacional dos direitos humanos e, aqui se insere também os direitos de personalidade, não se restringe aos direitos convencionais insertos nos instrumentos normativos. Esse sistema também abrange mecanismos tidos como não convencionais decorrentes de resoluções dos órgãos criados pela Carta das Nações Unidas, entre outros a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social e a Comissão de Direitos Humanos (que foi abolida em 16 de junho de 2006), atualmente Conselho de Direitos Humanos. Esses mecanismos não convencionais envolvem a necessidade de medidas urgentes e preventivas para a proteção desses direitos. Portanto, afirma a citada doutrinadora que o sistema global de proteção dos direitos humanos é composto de mecanismos convencionais e não convencionais, com características diversas, que devem ser usadas “na escolha do melhor instrumento internacional para cada caso específico”. (In PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 305; 313-314. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012).

³⁶⁹ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 507-509. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

nacionalidade, bem como no que diz respeito ao emprego, remuneração e demais condições de trabalho (artigos 7.º e 48.º), o direito de liberdade de circulação dos trabalhadores, o direito de estabelecimento de nacionais em outro Estado membro (artigo 52.º) e o dever de igualdade de remuneração, por trabalho igual, entre homens e mulheres (artigo 119.º)³⁷⁰.

Ao lado do sistema global de proteção dos direitos humanos e também dos direitos de personalidade, surgem os sistemas regionais. Reportando-se aos posicionamentos de Rhona K. M. Smith, Christof Heyns e Frans Viljoen, Flávia Piovesan ressalta as vantagens dos sistemas regionais, pela facilidade do consenso político (em face do respeito à cultura, à língua e às tradições) e a reprodução com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos dos povos de determinada região, o que resulta em uma aceitação mais espontânea de sanção aos instrumentos de proteção³⁷¹.

Os três principais sistemas regionais, cada um deles com um sistema jurídico próprio, são o sistema europeu, o interamericano e o africano. O sistema europeu (mais antigo e mais avançado), conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (de 1950) e outros instrumentos posteriores, a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos. O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969), que criou a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O sistema africano (o mais incipiente, considerando-se que a África tem uma história recente de regimes opressivos com sérias violações aos direitos humanos) tem, como principal ferramenta, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (de 1981), que criou a Comissão e a Corte Africana de Direitos Humanos³⁷².

Conforme já afirmado, o sistema interamericano tem seus principais instrumentos na Convenção Americana de Direitos Humanos, que tratou dos direitos civis e políticos (também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, tal Convenção é datada de 1969, mas entrou em vigor em 1978), e no Protocolo Adicional (Protocolo de São Salvador), concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais e que entrou em vigor em 1999³⁷³.

³⁷⁰ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 511. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁷¹ PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 317-318. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷² PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 319-321. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷³ A Convenção Americana é considerada um dos mais extensos documentos de direitos humanos, é composta de 82 artigos e contempla cerca de 24 direitos, entre eles, os direitos à personalidade jurídica, à vida, a não ser submetido à escravidão, à liberdade, a um julgamento justo, à compensação em caso de erro judiciário, à privacidade, à liberdade de pensamento e expressão e de consciência e religião, à resposta, à liberdade de associação, ao nome, à nacionalidade, à liberdade de movimento e residência, de participar do governo, à igualdade perante a lei e à proteção judicial.

Para a tutela dos direitos consagrados na Convenção Americana e no seu Protocolo Adicional de São Salvador, foi constituída uma estrutura composta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Compete principalmente à Comissão zelar pela observância dos Estados-membros dos direitos humanos nas Américas e, para tanto, compete-lhe realizar estudos, preparar relatórios, solicitar informações e expedir recomendações a esses Estados, bem como examinar as comunicações encaminhadas por indivíduos, grupo de indivíduos ou entidade não governamental, as quais contenham denúncia de violação aos referidos direitos³⁷⁴.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional americano, composto por sete juizes indicados pelos Estados membros, apresentando competência consultiva (interpretativa das disposições da Convenção e outros instrumentos normativos, alusivos à proteção dos direitos humanos), e contenciosa (solução das controvérsias alusivas sobre a interpretação ou aplicação dos referidos instrumentos)³⁷⁵.

3.3.3 Ordenamento jurídico português

Jorge Miranda afirma que em Portugal os direitos de personalidade remontam aos denominados “direitos originários do Código de Seabra”, de 1867 (os direitos de existência, liberdade, associação, apropriação e de defesa), e hoje adquirem consagração formal e nominal no Código Civil de 1966. Ressalta o mencionado doutrinador que o atual Código Civil, além da tutela geral da personalidade (artigo 70.º), também assegura a proteção contra a ofensa a pessoas já falecidas (artigo 71.º), o direito ao nome e ao pseudônimo (artigos 72.º e 74.º), a reserva do conteúdo de correspondências (artigos 75.º, 76.º e 77.º), o direito à imagem (artigo 79.º) e a reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 80.º) e outros direitos que a esses podem ser aditados³⁷⁶.

Destaca Paula Quintas que o atual Código Civil Português, embora tenha perdido a visão antropocêntrica ou individuocêntrica que estruturava o Código Civil de Seabra, então influenciado pelo Código Civil Francês, no artigo 70.º, “continua a assumir o

Entre os principais direitos assegurados pelo Protocolo de São Salvador, destacam-se os direitos ao trabalho e às justas condições de trabalho, à liberdade sindical, à seguridade social, à saúde, ao meio ambiente, à nutrição, à educação, direitos culturais, de proteção à família, das crianças, dos idosos e das pessoas deficientes. (In PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 323-325. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012).

³⁷⁴ PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 326-329. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷⁵ PIOVESAN, Flávia - **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 334-335. 13.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁷⁶ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 83. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017.

homem como fundamento da proteção jurídica civil, e, por extensão, constitucional (art. 1.º da CRP)”³⁷⁷.

Na esfera constitucional, ressalta Jorge Miranda, irradia-se em razão do postulado primordial do respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), os direitos à vida (artigos 24.º e 33.º, n.º 4), à integridade pessoal (artigo 25.º), ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada (artigo 26.º, n.º 1), à liberdade e à segurança (artigo 27.º), a certas garantias alusivas à informática (artigo 35.º), de resposta (artigo 37.º), à liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º), à liberdade de criação cultural (artigo 42.º), à liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º), à liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, n.º 1), ao trabalho (artigo 58.º), ao ambiente (artigo 66.º), à educação e à cultura (artigo 73.º) e o direito à cultura física e ao desporto (artigo 79.º)^{378 379}.

Em comparação à Constituição de 1933, que previa limitações genéricas e restrições específicas, Capelo de Sousa afirma que a atual Constituição alargou a constitucionalidade e reforçou as garantias jurídicas dos direitos de personalidade. Entre esses direitos, o referido doutrinador aponta o direito à vida, à integridade pessoal, ao trabalho, ao bom nome e à reputação, à liberdade e à inviolabilidade de crenças e práticas religiosas, à liberdade de ensino, à inviolabilidade de domicílio e correspondência, à liberdade de escolha de profissão ou gênero de trabalho, à liberdade pessoal e a não ser preso preventivamente, salvo as hipóteses previstas em lei, à liberdade de reunião e de associação, de apropriação e o direito de resistência e legítima defesa. Embora discorde do termo “inviolabilidade”, utilizado em muitos desses direitos, Capelo de Sousa reconhece que “entendido criteriosamente tem a

³⁷⁷ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado**: direitos (des)figurados, p. 90-91. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

³⁷⁸ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 84-85. 2.ª edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017.

³⁷⁹ Segundo Rabidranath V. A. Capelo de Sousa, a Constituição Portuguesa de 1976 e as revisões constitucionais de 1982 e 1986, ao tutelar os direitos de personalidade, explicitaram esses direitos e preordenaram todo o sistema jurídico ao respeito e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, o que reforçou a tutela desses direitos. Assim, a pessoa humana se tornou “o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”. Reforçando ainda mais essa tutela, a Constituição estabeleceu como limite material das leis de revisão constitucional o respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (artigo 288.º, alínea d) e admitiu expressamente na ordem interna que o direito internacional referente aos direitos fundamentais devem se harmonizar com a DUDH (artigos 16.º, n.ºs 1, 2 e 8). (In SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 96-98. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

virtualidade de permitir a maior tutela jurídica possível, preventiva ou repressiva, contra eventuais ofensas, privadas ou públicas de tais direitos”³⁸⁰.

Ademais, a Constituição Portuguesa de 1976 consagra direitos de personalidade fundamentais que não estavam previstos na Constituição de 1933³⁸¹, além de garantir que os direitos fundamentais insertos na Constituição não excluem outros previstos na legislação infraconstitucional e que o regime dos direitos, liberdades e garantias é aplicável aos direitos fundamentais de natureza análoga³⁸².

3.3.4 Ordenamento jurídico brasileiro

Segundo entendimento de Eroulths Cortiano Júnior, o ordenamento jurídico brasileiro rececionou a conceção do direito geral de personalidade, concomitantemente com a proteção tipificada, com o objetivo de uma proteção efetiva da personalidade. As duas formas de proteção são complementares e, nas hipóteses de ausência de previsão para uma proteção específica, deve ser considerada a proteção genérica, de forma a contemplar todas as situações. O direito geral de personalidade estaria expresso na Constituição Federal de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, III), bem como a garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5.º, *caput*). Os direitos de personalidade referentes à proteção específica estão contemplados no Código Civil de 2002 e em legislações esparsas³⁸³.

Ressalta Daniel Sarmiento³⁸⁴ que a tese monista, embora consagre um direito geral de personalidade, não rejeita os direitos especiais da personalidade previstos na

³⁸⁰ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 581-582. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁸¹ Direito à capacidade civil e à palavra (art. 26.º, n.º 1), à liberdade (art. 27.º, n.º 1), à reserva da intimidade da vida privada e familiar (que inclui o direito à não utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, por parte de outrem, e de informações relativas aos familiares – art. 26.º, n.ºs 1 e 2), a tomar conhecimento e a exigir retificação de dados de informática (art. 35.º), de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade (art. 36.º, n.º 1), à não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36.º, n.º 4), o direito dos pais e dos filhos em relação à educação recíproca (art. 36.º, n.º 5), à não separação recíproca de pais e filhos (art. 36.º, n.º 6), de liberdade de imprensa (art. 38.º), à objeção de consciência (art. 41.º, n.º 6), de liberdade de criação cultural (art. 42.º), à liberdade de aprender (art. 43.º, n.º 1), de manifestação (art. 45.º, n.º 2), ao ambiente (art. 66.º), à educação e à cultura (art. 73.º) e o direito à cultura física e ao desporto (art. 79.º).

³⁸² SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 583. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011 (reimpressão).

³⁸³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, p. 47. 1.ª edição, 2.ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁸⁴ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 99. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

legislação específica, mas remete a um direito mais amplo, que, além de informar o conteúdo de suas concretizações, permite a tutela de situações não previstas explicitamente no ordenamento jurídico. Sustenta o referido autor que a tese do direito geral de personalidade não foi encampada pelo legislador brasileiro, visto que o Código Civil adota a técnica de identificação de alguns direitos específicos da personalidade, entre eles o direito ao corpo, ao nome e à vida privada.

Prossegue Daniel Sarmiento ressaltando que, não obstante isso, expressiva corrente doutrinária entende que “é possível extrair da Constituição um direito geral da personalidade, que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos atentatórios contra outros bens jurídicos componentes da personalidade humana” que não estejam discriminados no Código Civil ou em outro dispositivo legal. Assim, além da possibilidade da invocação direta dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana consagrados na CRFB, também se poderia invocar a cláusula geral de responsabilidade por dano moral, prevista no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”^{385 386}.

Paulo Luiz de Netto Lôbo também sustenta que a Constituição Brasileira “prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser encontrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”, inserto no artigo 1.º, III³⁸⁷.

Wanderley de Paula Barreto extrai do artigo 11 do Código Civil (“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”) interpretação de que

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 99. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁸⁶ O entendimento de que se pode extrair da Constituição Brasileira um direito geral de personalidade deriva do próprio preâmbulo da referida Carta, que anuncia que são assegurados pelo Estado os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar social, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, que se constituem em valores supremos da sociedade. A dignidade humana é expressa como princípio fundamental (artigo 1.º, III) e, entre os direitos e garantias fundamentais individuais (artigo 5.º), estão assegurados às pessoas, entre outros, os direitos à igualdade; a não ser tratado de forma desumana e degradante; à livre manifestação de pensamento (inclusive artístico e científico); à resposta; à indenização por dano material ou moral por ofensa e violação à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade; à liberdade de consciência, política, de crença e de culto religiosos; à inviolabilidade da casa, da correspondência, da vida privada e da intimidade, da honra e da imagem; à liberdade de associação e livre locomoção no território nacional; à propriedade (observada sua função social); à proibição da pena de morte, de trabalhos forçados e cruéis; e ao respeito da integridade física e moral dos presos. (In SARMENTO, Daniel - **Direitos fundamentais e relações privadas**, p. 99. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

³⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto - Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**, p. 9. Porto Alegre, ano 49, mês junho, n. 284, 2001.

o referido dispositivo se equipara à cláusula geral de proteção dos direitos de personalidade, dispensando a enumeração de outros direitos da mesma natureza³⁸⁸.

3.4 Direitos de personalidade sob a perspectiva do Direito do Trabalho

As relações laborais, principalmente onde há o trabalho juridicamente subordinado, com vínculo de emprego, são exercidas de forma diferenciada dos demais contratos, com peculiaridades específicas a esta relação. Uma das principais características é o status diferenciado de poder do empregador. Maurício Godinho Delgado³⁸⁹ ressalta que um dos mais importantes efeitos do contrato de trabalho é o poder empregatício, também denominado de poder intraempresarial ou poder hierárquico (expressão em desuso em face do seu caráter autoritário), que concentra um conjunto de significativas prerrogativas sociais e econômicas, que favorecem o empregador. O poder empregatício possui quatro dimensões: o poder diretivo ou organizativo, o poder regulamentar, o poder fiscalizador ou de controle e o poder disciplinar.

Inegável que esta relação de desigualdade (social, econômica e jurídica) entre os trabalhadores e os empregadores – na fase pré-contratual, durante o exercício do contrato ou até mesmo após a sua extinção – coloca em risco a integridade dos direitos de personalidade dos trabalhadores, que necessitam de proteção também pelo Direito do Trabalho, por intermédio dos seus princípios, normas e regras, visando restabelecer o necessário equilíbrio nessa relação desigual, assegurando aos trabalhadores, de modo preventivo de preferência, que tais direitos não sejam ameaçados ou, se ameaçados ou violados, que sejam restaurados em tempo razoável, com a aplicação das garantias, sanções jurídicas e econômicas pertinentes, necessárias e compatíveis.

É proposital deixar em aberto quais seriam os direitos de personalidade mais relevantes para o trabalhador. Não se pode esquecer que o trabalhador é, antes de tudo, pessoa humana, cidadã ou cidadão que não se desveste dessa condição ao adentrar no seu ambiente de trabalho. Portanto, são dignos de proteção todos os direitos de personalidade que também são aplicáveis aos trabalhadores, sejam esses direitos positivados ou não, pois, conforme destaca Rúbia Zanotelli de Alvarenga, em se tratando de Direitos Humanos Fundamentais da personalidade, tais direitos transcendem ao direito positivado “porquanto são direitos

³⁸⁸ BARRETO, Wanderlei de Paula. **Comentários ao código civil brasileiro**, Vol. 1, p. 99. In ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

³⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 748-757. 16.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

inerentes à condição humana. Por isso, estes direitos não podem ser enumerados de forma taxativa, sendo, portanto, inesgotáveis”³⁹⁰.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga acrescenta ainda que os direitos de personalidade, como protetores da dignidade humana, destinam-se a assegurar os elementos constitutivos da integridade da personalidade humana, em suas dimensões física, psíquica, moral e intelectual. Estes direitos não desaparecem no tempo nem se separam do seu titular³⁹¹.

Paula Quintas afirma que, em Portugal, na primeira fase da constitucionalização do Direito do Trabalho, foram consagrados os denominados “direitos fundamentais específicos dos trabalhadores”, com especial destaque para os direitos coletivos. Atualmente, prevalece a chamada “cidadania da empresa”, isto é, os direitos fundamentais não são laborais, mas voltados para o cidadão, “que os exerce, enquanto trabalhador, na empresa”. Ademais, a dignidade constitucional foi elevada a princípios protetivos dos trabalhadores, com a criação da denominada “Constituição Laboral”, assumida como um conjunto de normas e de “princípios gerais fundamentais”. Hoje, prossegue a autora, os direitos de personalidade estão “*constitucionalizados, juscivilizados e agora juslaboralizados*, o que nos remete para a questão da empresa como espaço de cidadania, depois de (desejavelmente) consolidadas as condições mínimas para a prestação laboral”³⁹².

Além disto, Paula Quintas sustenta que, mais que o conceito de “cidadania da empresa”, há de se repensar apenas o conceito de *cidadania* como um espaço de liberdade e integridade pessoais e a afetação de que o labor “sempre suscita, nessa relação de alteridade e de tensão, de domínio e de submissão, que compõem a relação laboral”³⁹³.

O Código de Trabalho Português elencou os direitos de personalidade dos empregados e empregadores na Subseção II (Direitos de Personalidade - artigos 14.º a 22.º), contemplando a liberdade de expressão e opinião (artigo 14.º), a integridade física e moral (artigo 15.º), a reserva da intimidade da vida privada (artigo 16.º), a proteção de dados pessoais (artigo 17.º), o tratamento e o arquivo de dados biométricos (artigo 18.º), a regulação

³⁹⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - **A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro**. [Em linha]. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF: 17 fev. 2010. [Consult. 5 Jul. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-dos-direitos-de-personalidade-no-direito-do-trabalho-brasileiro,26044.html>.

³⁹¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - **Direitos da Personalidade do trabalhador e poder empregatício**, p. 75. São Paulo: LTr, 2013.

³⁹² QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 93-95. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

³⁹³ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 142. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2013.

quanto à exigência de testes e exames médicos (artigo 19.º), os meios de vigilância à distância (artigo 20.º), a regulação da utilização dos meios de vigilância à distância (artigo 21.º) e o direito de confidencialidade de mensagens e de acesso às informações (artigo 22.º).

Ao contrário do Código de Trabalho de Portugal de 2003 e suas posteriores alterações, o ordenamento trabalhista brasileiro não regulou os direitos de personalidade do trabalhador. Assim, no Brasil, para a proteção desses direitos, há de se tomar como referência normativa a Constituição Federal e o Código Civil. A Consolidação das Leis do Trabalho, de forma tímida, trata de alguns desses direitos, entre eles o artigo 29, § 4.º (que veda anotações na Carteira de Trabalho que revelem conduta desabonadora dos trabalhadores), o artigo 373-A (que veda algumas discriminações à mulher e trata da intimidade, ao vedar a revista íntima nas trabalhadoras). Também os artigos 482 e 483, embora não regulem o direito à honra e à imagem, afirmam que a ofensa a esses direitos configura justa causa para o rompimento do contrato de trabalho³⁹⁴.

Quanto à titularidade dos direitos de personalidade nas relações de trabalho, não existe dúvida de que ela pode repousar tanto nos trabalhadores quanto nas empresas. Muito embora a privacidade e a intimidade não sejam atributos das pessoas jurídicas (ou coletivas como rotuladas em Portugal), a honra e a imagem são essenciais para que possam desenvolver sua atividade econômica, e a afronta a esses direitos é causadora de grandes prejuízos, com reflexo direto na vida empresarial e até mesmo em sua existência^{395 396}.

Sem esquecer ou diminuir a importância dos demais direitos de personalidade dos trabalhadores, abordar-se-á nesta pesquisa, com ênfase, os direitos à vida privada, à intimidade, à imagem e à honra, considerando-se o cerne deste estudo, que é voltado à

³⁹⁴ Os direitos de personalidade alusivos à vida privada, à intimidade, à imagem e a honra, segundo José Felipe Ledur, formam o patrimônio imaterial das pessoas que devem ser resguardados da ingerência por terceiros. Assim, compete ao ordenamento jurídico “a preservação do núcleo desses direitos de modo que a prestação de trabalho subordinado assegure tanto a subsistência material quanto o livre desenvolvimento da personalidade de quem trabalha”. A observância dessas condicionantes fará com que as relações de trabalho e os direitos fundamentais que devem permeá-las sejam expressões concretas dos valores constitucionais consagrados na CRFB, entre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (In LEDUR, José Felipe - Fundamentos dos direitos da personalidade do trabalhador: algumas reflexões. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org). **Direitos Humanos dos Trabalhadores**, p. 121. São Paulo: LTr, 2016).

³⁹⁵ O Código de Trabalho de Portugal, nos artigos 14.º, 15.º e 16.º, é explícito na indicação de que a liberdade de expressão e opinião, a integridade física e moral, bem como a reserva da intimidade da vida privada, são direitos fundamentais aplicáveis a empregados e empregadores. (Vide Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho).

³⁹⁶ No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) também consagra a titularidade do empregador nos direitos de personalidade. Exemplo é o disposto no artigo 482, alínea k, que autoriza o empregador a rescindir o contrato de trabalho do empregado, por justa causa, na hipótese de “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.

possibilidade de realização e de utilização dos resultados dos testes genéticos em trabalhadores, o que quase sempre incide em agressão à dignidade da pessoa humana dos trabalhadores, acarretando também afronta e imenso prejuízo aos direitos humanos fundamentais da igualdade e da não discriminação nas relações de trabalho.

PARTE II – Dignidade da Pessoa Humana, Vida Privada e Intimidade

Capítulo 1 – A Dignidade da Pessoa Humana

1.1 Considerações históricas

No que se refere à origem etimológica, a palavra dignidade deriva da *dignitas* romana e de outras expressões gregas que significavam valor, honra, apreço, privilégio, estatuto ou excepcional elevação adquiridos ou merecidos. Portanto, a expressão *dignitas* significava um “atributo condicional, contingente, gradual, que se podia ter ou não ter, adquirir e perder, merecer ou desmerecer, em maior ou menor medida”³⁹⁷. Já a dignidade da pessoa humana possui diferença estrutural com a *dignitas* romana e, por se tratar de um princípio jurídico intangível e universal, é um atributo próprio e inerente de toda pessoa humana, independentemente de onde esteja, do seu comportamento e da situação em que se encontre³⁹⁸.

Assim, a ideia da *dignitas* romana se contrapõe à concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana, existindo duas espécies de dignidade. A primeira (*dignitas* ou dignidades contingentes, caracterizada pela distribuição inigualitária e pela transitoriedade) possui também uma qualidade ou um *status* social, em face de uma virtude ou mérito, para qualificar uma posição ou um comportamento exemplar. Tal condição deve ser honrada e correspondida por aquele a quem lhe foi atribuída, que deve guardar comportamento compatível para justificá-la. Não apenas a expressão, mas também seu significado originário permeia o meio jurídico, traduzindo-se nos dias atuais na ideia de “especial dignidade” revelada “nas imunidades, no foro ou nas regalias de que gozam uma função, um órgão ou um cargo e para as quais nem sempre se encontra uma justificação racional atualizada”³⁹⁹.

A segunda, a dignidade da pessoa humana – a que interessa para esta pesquisa – é indissociável da ideia de universalidade (reconhecimento a todas as pessoas) e de igual dignidade, “enquanto algo de permanente, intrínseco ou consubstancial à pessoa, irrecusável e indisponível”. Esta ideia atual de dignidade humana seria resultado de um movimento de luta

³⁹⁷ Segundo Thomas Hobbes: “A estima pública de um homem, que é o valor que lhe é conferido pelo Estado, é o que denominamos ordinariamente dignidade. Essa sua valorização pelo Estado é expressa pelo cargo público para o qual é designado, tanto na magistratura como em funções públicas e, às vezes, esse valor é expresso por títulos e honrarias que lhe são concedidos”. (In HOBBS, Thomas. **LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, p. 71. Tradução Rosina D’Angina. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2009).

³⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 31-32. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

³⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 33-34. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

e de conquistas dos cidadãos, numa espécie de “niveação por cima” dos privilégios outrora concedidos apenas aos nobres. Esta conquista teve início na Idade Média, sob a influência que o cristianismo encampou do judaísmo, diante da premissa de que o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus e, portanto, possui santidade de vida e igualdade essencial (o que é considerado por muitos o fundamento da dignidade humana)⁴⁰⁰ em relação aos demais seres humanos. Esta condição elevou o homem à centralidade do universo, de tal forma que uma agressão à sua dignidade se equipara a um sacrilégio ao Criador⁴⁰¹.

A resposta à indagação acerca do que consiste a dignidade humana é encontrada no campo da religião, da filosofia e da ciência. Na seara da religião, esta resposta surgiu com a afirmação da fé monoteísta, com a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente, o qual, ao criar o homem, o colocou em uma posição de proeminência em toda a criação. Em fase histórica posterior (século V a.C.) e com a afirmação da natureza racional do ser humano, este racionalismo teve, na voz dos poetas e filósofos gregos, importante ferramenta na transição da explicação religiosa para a filosófica, com a substituição do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O sentido reflexivo acerca do que é o homem revela a “singularidade eminente deste ser, capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão”. A justificativa científica sobreveio com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, que aos poucos foi criando a convicção no mundo científico de que o homem “representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas” e que a própria dinâmia dessa evolução se organiza em função do ser humano⁴⁰².

Embora a ideia de igualdade essencial entre os seres humanos tenha despontado no período axial (entre os séculos VIII e II a. C.), foram necessários vinte e cinco séculos para que se proclamasse, por meio do preâmbulo da DUDH, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”⁴⁰³.

⁴⁰⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino - O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, p. 46. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006.

⁴⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 33-40. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴⁰² COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 1-4; 9. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁰³ Durante o núcleo do período axial (entre os anos 600 e 480 a. C.), embora sem se comunicarem entre si, coexistiram cinco dos maiores doutrinadores da história da humanidade. Na Pérsia, Zaratustra; na Índia, Buda; na China, Confúcio; na Grécia, Pitágoras; e em Israel, Dêutero-Isaías. Foi a partir das visões de mundo desses pensadores que se estabeleceu uma grande linha divisória na história, com o abandono das explicações mitológicas, o que fez com que o posterior curso da história fosse um longo desdobramento das ideias que surgiram e dos princípios que foram estabelecidos nesse período. (In COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 8; 12. São Paulo: Saraiva, 1999).

Stela Barbas⁴⁰⁴, ao discorrer sobre a dignidade do ser humano, aduz que o reconhecimento dos direitos do homem não depende de fatores exógenos ou de concessões de outrem, mas resultam da circunstância de que o ser humano é o valor que preside todo o Direito. Assim, quando um dos direitos do homem é violado, atinge-se o Direito, e a dignidade do homem é posta em causa. Leciona a referida doutrinadora que São Tomás de Aquino, em sua obra *Summa Teológica* (primeira parte do Livro I), destacou o caráter absoluto da dignidade e a concebeu como um valor a ser preservado a todo o custo, haja vista que a unidade da pessoa é a sua singularidade, que subsiste em corpo e alma (*Unitas vero personae constituitur ex eis inquantum est unus aliquis subsistens in carne et anima*). Afirma, ainda, que a pessoa “enquanto ser único e irrepetível é constituída por corpo e alma”. Louvando-se em palavras de São João Paulo II, conclui que respeitar a dignidade do ser humano equivale a “salvaguardar esta identidade do homem *corpore et anima unus*”.

Embora concebida sob a égide da influência decisiva do pensamento cristão, inclusive na aceitação contemporânea da ideia de igual dignidade, a dignidade humana não teria alcançado este patamar não fosse o pensamento filosófico e, no plano político e jurídico, o decisivo impulso das revoluções liberais e democráticas, bem como o ideal de iguais direitos fundamentais que alavancaram a concepção contemporânea de dignidade humana. No Renascimento, principalmente com o pensamento de Picco Della Mirandola, surgiu a concepção de que o homem, dotado que foi por Deus, da capacidade de realizar escolhas racionais, seria capaz de assim decidir o seu destino na Terra, “de ter aquilo que escolhe e de ser aquilo que quer”. Sob esta concepção, a dignidade humana consistia na liberdade do homem de decidir seu próprio destino. Assim, segundo o movimento renascentista a dignidade humana consistia na autonomia, na autodeterminação e na liberdade, como “traços geradores da dignidade que distinguia o *status* dos humanos no Universo”⁴⁰⁵.

O Iluminismo, ao substituir a religião pelo homem, colocando-o no centro do sistema de pensamento, trouxe uma concepção de dignidade humana racional e laica, com esteio na capacidade de autodeterminação, de atuação racional e de responsabilização moral da pessoa humana; todavia, não abandonou a noção de que todos os seres humanos são iguais em dignidade. A coluna central da dignidade humana (igual dignidade) foi mantida, embora

⁴⁰⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 214; 262-263. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁴⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 42-43. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

por outros fundamentos que não aqueles da criação divina⁴⁰⁶.

Entre os filósofos iluministas, merece especial destaque o pensamento e a obra de Immanuel Kant, ao sustentar que o traço distintivo do homem, como ser racional, consiste em que o ser humano é um fim em si mesmo. Para Kant, em visão essencialmente racional, o fundamento da dignidade humana seria a autonomia da vontade. A concepção kantiana de dignidade, em suas obras *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785) e *Metafísica dos Costumes* (1787), é que a dignidade humana se constitui em uma qualidade única e insubstituível da pessoa raciocinar e atuar em conformidade com os princípios morais, agindo com autonomia.

Afirma Kant que o homem, assim entendido todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Portanto, em todas as suas ações, tanto naquelas dirigidas a ele mesmo quanto às endereçadas a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado como um fim. Por sua vez, os seres que não dependem da nossa vontade, mas da natureza, e, em se tratando, de seres irracionais, apenas, possuem um valor relativo, como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos. Ou seja, algo que não pode ser empregue como simples meio e limita nessa medida todo o arbítrio e é objeto de respeito. Assim, para Kant, os seres humanos possuem dignidade, são insubstituíveis, e, portanto, não têm preço como as coisas. Aduz, ainda, que a finalidade de todo ser humano é a realização de sua própria felicidade e que tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, esta finalidade (felicidade) do outro.⁴⁰⁷

Assevera Immanuel Kant que no reino das finalidades tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por outra *coisa* equivalente, mas a dignidade, “aquilo que está acima de qualquer preço”, não possui nenhum equivalente. Assim, a dignidade deve ser entendida como “um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* nos fornece a expressão mais conveniente da estima que um ser racional deve lhe dedicar”.⁴⁰⁸

Quanto ao fundamento histórico da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero aponta as quatro principais fontes: o contributo da ordem de valores judaico-cristã, dotada de

⁴⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 43. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴⁰⁷ KANT, Immanuel – *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. In **Os pensadores** (Kant II). São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 101-162, p. 134, 141.

⁴⁰⁸ KANT, Immanuel - *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018, p. 77-78. ISBN 978-85-440-0199-8.

um valor único, pois cada pessoa humana é um ser criado à imagem e semelhança de Deus; a concepção renascentista de Pico della Mirandola, que, reconhecendo a capacidade de cada ser humano de determinar seu próprio destino, relaciona a liberdade e a soberania da vontade do ser humano; o pensamento kantiano de que a pessoa é sempre um fim em si mesma, não podendo ter preço, sendo inválida sua transformação ou degradação em meio, coisa ou objeto; e, por último, o movimento existencialista que, valendo-se do pensamento de Hegel sobre o conceito de homem determinado, recusa um conceito abstrato, pois a dignidade humana tem sempre como referencial cada ser humano vivo e concreto^{409 410}.

No século XX, de forma trágica, haja vista que as duas situações a seguir relatadas, embora de diferentes formas, aviltam a dignidade do ser humano, constata-se o acerto da filosofia kantiana. No primeiro exemplo, apontam-se o *Gulag*⁴¹¹ soviético e o *Lager*⁴¹² nazista, que foram gigantescas máquinas de despersonalização dos seres humanos, pois, ao ingressarem nos campos de concentração, os prisioneiros, além da liberdade, eram despojados do seu próprio ser, da sua personalidade, inclusive com a substituição do seu

⁴⁰⁹ OTERO, Paulo - Dignidade da Pessoa Humana. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 116. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.ª, 2013.

⁴¹⁰ Sustenta o referido doutrinador luso que a dignidade humana é um princípio sagrado e indiscutível, não admitindo negociações, cedências relativamente a quaisquer outros valores ou princípios constitucionais. Afirma, também, que só a dignidade da pessoa humana limita e condiciona a dignidade de outro ser humano, desde que haja uma ponderação fundada numa justa intervenção do princípio da proporcionalidade. (In OTERO, Paulo - Dignidade da Pessoa Humana. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 116. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.ª, 2013).

⁴¹¹ Gulag é uma abreviação de Glavnoye Upravleniye Ispravitelno-trudovyykh Lagerey, (Administração de Acampamentos de Trabalho Corretivo). Era um sistema de campos de trabalhos forçados e acompanhamento de campos de detenção e trânsito e prisões que, da década de 1920 até meados da década de 1950, abrigavam prisioneiros políticos e criminosos da União Soviética. No seu auge, o Gulag aprisionou milhões de pessoas. Tinha uma população total de detentos de cerca de 100.000 pessoas no final da década de 1920. Em 1936, o Gulag tinha um total de 5.000.000 de prisioneiros, um número que provavelmente foi igualado ou excedido a cada ano subsequente até que Stalin morreu em 1953, quando começou a encolher e foi oficialmente extinto em 1955. Centenas de milhares de prisioneiros foram anistiados de 1953 a 1957, época em que o sistema de campos retornou às proporções do início da década de 1920. (In **Encyclopaedia Britannica**. [Em linha]. Gulag. [Consult. 12 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.britannica.com/place/Gulag>).

⁴¹² Entre 1933 e 1945, a Alemanha nazista e seus aliados criaram mais de 40.000 campos de concentração e outras instalações prisionais. Esses campos foram usados para vários fins, incluindo trabalho forçado, a detenção daqueles que eram considerados inimigos do Estado e a eliminação em massa de prisioneiros. A maioria dos prisioneiros, naquele primeiro período, eram cidadãos alemães: comunistas, socialistas, social-democratas, ciganos, testemunhas de Jeová, homossexuais e indivíduos acusados de comportamentos considerados como antissociais ou desviantes. Após a anexação da Áustria à Alemanha, em março de 1938, os nazistas começaram a prender os judeus alemães e austríacos e aprisioná-los nos campos de concentração de Dachau, Buchenwald e Sachsenhausen, na Alemanha. Durante a Segunda Guerra Mundial, a rede de campos nazistas expandiu-se rapidamente. Em alguns deles, médicos nazistas usaram prisioneiros como cobaias para seus experimentos. Após a invasão da União Soviética, que começou em junho de 1941, os nazistas aumentaram o número de campos de prisioneiros de guerra destinados à “Solução Final” (o genocídio ou a eliminação em massa dos judeus), inclusive com câmaras de gás venenoso. Os nazistas construíram vários campos de extermínio na Polónia (entre eles Auschwitz), o país com a maior população judaica. Estima-se que, sob a liderança da SS, os alemães e seus colaboradores assassinaram mais de três milhões de judeus nos campos de extermínio. (In **Enciclopedia dell’Olocausto**. I campi di concentramento nazisti. [Em linha]. [Consult. 12 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.ushmm.org/wlc/it/article.php?ModuleId=10005144>).

nome por um número que era tatuado em seu corpo, como a marca de um gado⁴¹³. O outro exemplo – embora se apresente de modo menos espetacular, mas não menos trágico – continua a ocorrer até os dias atuais, dá-se com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Como denunciado por Marx, este fenômeno implica a reificação (*Verdinglichung*) das pessoas, com a completa inversão da relação pessoa-coisa. Vê-se, de forma paradoxal, a personificação e a elevação do capital à dignidade de sujeito de direito, ao passo que o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de meio, e não de fim em si mesmo, sendo considerado “mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social, como objeto descartável”⁴¹⁴.

1.2 Conceitos da dignidade humana

Para melhor compreensão do conceito e da definição da dignidade da pessoa humana, entendida como a igualdade essencial entre os seres humanos, faz-se necessária uma breve retrospectiva histórica, quanto à distinção entre o papel social (funções e atividades) desempenhado pelo homem na sociedade – que os gregos denominaram figurativamente pelo termo *prósopon* (com o sentido de rosto ou máscara teatral, individualizadora de cada personagem), acabou rotulada pelos romanos por *persona* – e a essência individual de cada ser humano, que veio a ser denominada como personalidade. A oposição entre esses dois conceitos foi discutida e aprofundada pela filosofia estoica durante seis séculos (321 a.C., com os ensinamentos de Zenão de Cítio, até o século III da era cristã). Para explicar a unidade substancial dos seres humanos, distinta do papel social dos homens, os estoicos lançaram mão dos conceitos de *prósopon* e *hypóstasis*, termo correlato de *ousía*, que, em latim, foi traduzido para *substantia*, significando a essência, o substrato ou o suporte individual de algo⁴¹⁵.

A posição do judaísmo, ao proclamar que, entre todos os povos da Terra, Deus escolheu apenas um, os hebreus, como Seu povo eleito, relembra a figura conceitual da *dignitas* romana, diante da concessão de um mérito inigualitário, já que resultaria na exclusão dos demais povos dos privilégios do Criador. Nesse ponto reside um dos pilares da rutura

⁴¹³ “O homem será sempre sujeito último e irreduzível ao número e à seriação. Na sua perversa sabedoria, os nazis procuraram destruí-lo com a matrícula ignóbil gravada no braço das vítimas, assim marcadas como gado. Não escondo a emoção que senti quando no meu hospital em Nova Iorque, perto de um bairro de emigrados sobreviventes do Holocausto, pela primeira vez deparei com uma dessas tatuagens”. (In ANTUNES, João Lobo - **Inquietação interminável: ensaios sobre ética das ciências da vida**, p. 97. Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2010).

⁴¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 22-23. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 14-16. São Paulo: Saraiva, 1999.

entre o judaísmo e o cristianismo e da evolução da visão dos homens do Antigo para o Novo Testamento. Diversas passagens do Evangelho, entre elas a cura de um criado de um centurião romano (Mt. 8, 5-13), a possibilidade de pessoas de diversos povos ingressarem no Reino de Deus (Lc. 13, 22-30), a parábola dos lavradores homicidas (Mt. 21,33-45), o ensinamento de que deve-se amar ao próximo como a si mesmo (Mt. 22, 34-40) e a Epístola de Paulo aos Gálatas, ao anunciar que já “[...] não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gal. 3,28), revelam um sentido de universalidade e de igual dignidade entre os seres humanos ⁴¹⁶.

A distinção feita pelos estoicos entre os conceitos de *prósopon* (papel desempenhado pelos homens na sociedade) e *hypóstasis* (em latim *substantia* ou substrato) foi utilizada no primeiro concílio ecumênico (realizado em Nicéia, no ano 325), quando foi proclamado como dogma de fé que a *hypóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, em uma só pessoa, em uma mesma aparência. No século VI, Boécio deu à noção de pessoa um sentido diverso do dogma proclamado no Concílio de Nicéia, em definição que se tornou clássica ao sustentar que *persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*, ou seja, a pessoa já não é uma exterioridade, uma aparência, mas a substância humana individual da natureza racional. A definição de Boécio foi encampada por Santo Tomás de Aquino, em seus conceitos de *substantia* ou *hypóstasis*. Esta concepção medieval de pessoa foi fundamental à elaboração do princípio de igualdade essencial de todo ser humano, não obstante as diferenças biológicas e culturais individuais e grupais⁴¹⁷.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que, não obstante inúmeras tentativas de conceituação clara de dignidade da pessoa, inclusive para os efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, esta tarefa se revela difícil. Esta dificuldade também decorre do facto de que se trata de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por “ambiguidade e porosidade”, bem como sua natureza polissêmica. Diante dessa e de outras dificuldades, assevera o citado autor que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, diante do pluralismo e da diversidade de valores existentes nas sociedades contemporâneas e democráticas. Ademais, o

⁴¹⁶ BÍBLIA SAGRADA, p. 1292; 1367; 1310-1311; 1312; 1495. Edição Claretiana. São Paulo: Editora Ave Maria Ltda., 1987.

⁴¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 17-19. São Paulo: Saraiva, 1999.

conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, tratando-se de conceito jurídico normativo, requer uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional^{418 419}.

A despeito da dificuldade conceitual, não se pode prescindir da necessidade de se tornar clara a definição de dignidade da pessoa humana, inclusive para se coibirem as ameaças e as violações a este bem jurídico essencial a todo ser humano. Para tanto, há de se partir do referencial normativo contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu preâmbulo e no paradigmático artigo 1.º, ao proclamar: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. No mesmo contexto, os preâmbulos dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴²⁰ e o preâmbulo e o artigo 1.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Esses princípios e valores foram replicados e positivados nas diversas constituições dos Estados democráticos.

Respondendo ao seu próprio questionamento acerca do que é uma República baseada na dignidade da pessoa humana, J. J. Gomes Canotilho ressalta que a resposta deve levar em consideração o princípio material antrópico emanado de Pico della Mirandola, que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas hominis*, ou seja, “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plates et factor*)”. Ademais, prossegue Canotilho, em uma República, a dignidade da pessoa humana exprime a ideia de “comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”⁴²¹.

⁴¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang - Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p. 200-202. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

⁴¹⁹ Luís Roberto Barroso aduz que, apesar do grande apelo moral e espiritual, a grande vagueza conceitual da dignidade da pessoa humana tem feito com que ela funcione como um espelho, no qual cada um projeta a sua própria imagem, os seus valores e as suas convicções. Ademais, há também o risco da banalização desse instituto, com o uso indevido do seu conceito para questões menores, tais quais conflitos entre vizinhos e, até mesmo, briga de galos, sem maior esforço argumentativo. (In BARROSO, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional** contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 273. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

⁴²⁰ O preâmbulo da DUDH é expresso na indicação de que a dignidade humana foi considerada como “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos e, conseqüentemente, pela dignidade dos seres humanos “resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”; o que motivou a reafirmação pelos Estados signatários de sua “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres”, com a decisão desses Estados em promoverem “o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

⁴²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 225-226. 7.ª ed., 16.ª impressão. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴²², são elementos constitutivos da dignidade da pessoa humana:

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

No Estado constitucional contemporâneo e numa adaptação *mundana* ou *democrática* do pensamento kantiano, Jorge Reis Novais conceitua a dignidade humana⁴²³:

[...] a ideia da qualidade e valia intrínseca da pessoa humana enquanto ser dotado da capacidade racional que lhe permite, com autonomia, fazer escolhas de acordo com os padrões morais que eleger e pelas quais pode e deve responsabilizar perante os outros, que lhe são iguais em autonomia, em liberdade, em direito e em responsabilidade.

Por se tratar de característica essencial da pessoa, como sujeito e não como objeto, coisa ou instrumento, a dignidade da pessoa humana, segundo Jorge Miranda, não é um direito, mas o fundamento de todos os direitos, um princípio que envolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e do Estado em face a elas. Trata-se de um princípio axiológico e fundamental, de valor absoluto, que serve de critério de integração e interpretação constitucional e, por ser aberto (o que é característica dos princípios), sua concretização se faz histórico-culturalmente, só admitindo ponderação quando se defronta com a dignidade de outra pessoa, e não com qualquer outro princípio, valor ou interesse⁴²⁴.

Luís Roberto Barroso⁴²⁵ entende que, por se tratar de um conceito operacional com ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade humana com um conteúdo mínimo, afastando-o das doutrinas ideológicas e religiosas. Assim, este conteúdo mínimo é composto de laicidade, neutralidade política e a universalidade. Para o citado doutrinador, a “noção de dignidade humana aberta, plástica e plural”, em uma conceção minimalista, conteria o valor intrínseco de todos os seres humanos⁴²⁶, bem como a autonomia

⁴²² SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 62. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁴²³ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 46. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴²⁴ MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**, p. 223. 2.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

⁴²⁵ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional** contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, p. 274-277. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴²⁶ O valor intrínseco de cada ser humano contempla dois planos, o filosófico e o jurídico. O plano filosófico é o elemento ontológico da dignidade, e marca a posição especial dos seres humanos no mundo, distinguindo-os dos demais seres e das coisas. Desse plano, decorre o postulado anti utilitarista (que se manifesta

de cada indivíduo⁴²⁷, sendo esta limitada por algumas restrições legítimas, impostas por valores sociais ou interesses comunitários^{428 429}.

Afirma Catarina Santos Botelho que a rápida análise do Direito Comparado permite a constatação da heterogeneidade da concepção da dignidade da pessoa humana, pois, apesar de consagrada na generalidade da maioria das Constituições, em todos os continentes, há variação do seu fundamento axiológico, entre outros fatores, pela diversidade de mentalidades, religiões, valores e desenvolvimento social e econômico. As maiores críticas a um conceito de dignidade da pessoa humana de validade universal prendem-se à sua indeterminabilidade. Entretanto, ressalta a citada autora que a indeterminação do conceito não é algo negativo, ao contrário, comporta grande utilidade pois “permite a adaptação desse conceito e potencia uma evolução garantística consoante os desafios que cada época histórica traz à humanidade”⁴³⁰.

Portanto, ao se definir a dignidade da pessoa humana, e para que lhe seja dada concretude e eficácia, são elementos essenciais a universalidade inclusiva, a igual dignidade, a igualdade de direitos, a autodeterminação com liberdade plena, a limitação imposta à autodeterminação (quando avilte à dignidade humana) e o respeito recíproco entre todas as

no imperativo categórico kantiano de que o homem é um fim em si mesmo, vedada sua utilização como meio para realização de outras metas coletivas ou de projetos de outros) e o postulado antiautoritário, segundo o qual é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem dos direitos fundamentais, entre eles os direitos à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral ou psíquica.

⁴²⁷ A autonomia, no plano filosófico, é o elemento ético da dignidade que trata do exercício da vontade em observância com determinadas normas. Trata-se da autodeterminação do indivíduo, com a sua capacidade de decidir os rumos de sua vida e de desenvolver a sua personalidade. No plano jurídico, a autonomia se divide em autonomia privada (direitos individuais, liberdades públicas e demais escolhas), autonomia pública (direitos políticos e de participação na coisa pública) e o mínimo existencial necessário à existência física e psíquica do indivíduo.

⁴²⁸ O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana que não se refere às escolhas individuais (autonomia), mas as restrições a ela impostas, decorrentes das responsabilidades e dos deveres a ela associados. Esse valor comunitário se aperfeiçoa na proteção dos direitos a terceiros (a autonomia deve ser exercida com respeito à autonomia de terceiros, seus direitos e liberdades), observando-se a proteção do indivíduo contra si próprio (o Estado tem o dever de proteger o indivíduo contra atos que possam lhe causar lesões, sejam elas físicas ou de outra ordem) e a proteção dos valores sociais (conjunto de valores que correspondem à moral social compartilhada).

⁴²⁹ Em definição mais aberta, Maria Celina Bodin de Moraes aponta quatro princípios jurídicos fundamentais ao conteúdo da dignidade da pessoa humana: o da igualdade (que veda toda e qualquer discriminação arbitrária que seja fundada tão somente nas qualidades das pessoas), o da liberdade (que assegura a capacidade para a liberdade pessoal, que se constitui em autonomia ética), o da integridade física e moral (garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida digna) e o princípio da solidariedade (que se constitui na garantia e na promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações, inclusive históricas e culturais). (In MORAES, Maria Celina Bodin de - O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, p. 105-148. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

⁴³⁰ BOTELHO, Catarina Santos - **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas, p. 50-51. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015.

pessoas, inclusive com a ação estatal que propicie o progresso social e a busca por melhores condições de vida.

Inegável, seja pela positivação constitucional, seja pelas elevadas considerações doutrinárias, que a dignidade da pessoa humana foi elevada ao ápice da pirâmide da axiologia jurídica, pois fonte da qual jorram todos os demais direitos fundamentais. Todavia, a dignidade humana bem como a dignidade da pessoa humana⁴³¹ não devem ser entendidas apenas em seus aspectos morais e éticos. Apesar de se alicerçarem nesses valores, ao serem transportadas para o plano jurídico, devem-se concretizar materialmente por meio das obrigações e deveres, quer do Estado, quer dos particulares, inclusive dos empregadores, em relação a todos os indivíduos ou grupo de indivíduos.

1.3 Tutela jurídica da dignidade humana

Na seara do direito internacional, há de se destacar a tutela jurídica da dignidade da pessoa humana, a partir do referencial normativo contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada em 10 de dezembro de 1948), tanto no preâmbulo quanto no paradigmático artigo 1.º, ao proclamar: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Semelhantemente, entre outros normativos, os preâmbulos dos Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos (1966) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), o artigo 2.º do Tratado da União Europeia (1992) e o preâmbulo e o artigo 1.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).

A ordem jurídica, na tarefa de interpretação normativa, encontra o seu sentido e possui como pontos de partida e de chegada, o valor da dignidade humana, consagrada como verdadeiro princípio máximo a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno. A dignidade humana foi o valor maior que inspirou a DUDH, constituindo-se no norte e no

⁴³¹ Louvando-se nos escólios de Jorge Miranda e de José Carlos Vieira de Andrade, Marcelo Novelino Camargo distingue a dignidade humana – que é dirigida a toda a humanidade, “entendida como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa” – e a dignidade da pessoa humana – aquela inerente “a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo”. (In CAMARGO, Marcelo Novelino - O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana, p. 62-63. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006).

Catarina Santos Botelho, também citando Jorge Miranda, salienta a relevante distinção entre a expressão “dignidade da pessoa humana”, que se refere à personalidade individual, com ênfase no homem como ser único e irrepetível, e o termo “dignidade humana”, sob a perspectiva do ponto de vista global, da humanidade ou conjunto de pessoas. Afirma também que, no contexto europeu, essas expressões são utilizadas como sinônimos, pois o artigo 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia se refere à “dignidade do ser humano”, enquanto o artigo 2.º do Tratado da União Europeia utiliza a expressão “dignidade humana”. (In BOTELHO, Catarina Santos - **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**, p. 43-44. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015).

lastro ético dos demais instrumentos internacionais de direitos humanos, que inseriram, no positivismo internacional dos direitos humanos, a dignidade humana como um valor fundamental. Assim, a dignidade humana se constitui em superprincípio constitucional, norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-o de especial racionalidade, unidade e sentido⁴³².

Afirma Paulo Bonavides que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”, visto que este é o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores. Entretanto, a compatibilidade com o emprego e a concretização desse princípio no constitucionalismo do século XXI exige formas políticas democráticas de modelo participativo⁴³³.

Discorrendo acerca da dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva⁴³⁴ leciona que ela constitui valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões. Segundo o citado autor, a democracia é o único regime político capaz de ensejar a efetividade dos direitos fundamentais, dignificando o homem. Portanto, a interpretação constitucional há de sempre prestigiar este valor supremo, com o que se dará primazia a todos os direitos fundamentais do homem.

Reafirma-se que a dignidade da pessoa humana é o maior princípio do constitucionalismo contemporâneo. No século XIX, não se tem notícia de nenhum texto constitucional que a contemplasse. Em 1919 a Constituição Finlandesa incumbiu a lei de proteger a vida, a dignidade, a liberdade pessoal e a propriedade dos cidadãos. Também a Constituição de Weimar (1919), embora sem o sentido atual, previu, no artigo 151.º, a “garantia de uma existência humana digna para todos”, em consonância com o legado do movimento republicano e socialista do século XIX, de uma vida digna para a classe trabalhadora. Na década de 1930, mais por influência da doutrina social da Igreja, a ideia de dignidade humana surgiu em algumas constituições, entre elas a Constituição Irlandesa de

⁴³² PIOVESAN, Flávia - Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p. 193-195. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

⁴³³ BONAVIDES, Paulo - **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade, p. 233. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

⁴³⁴ SILVA, José Afonso da - **Interpretação da Constituição.** [Em linha]. TCMSP – I Seminário de Direito Constitucional Administrativo (30 de maio a 03 de junho de 2005). [Consult. 1.º Jun. 2018]. Disponível em [www.http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm).

1937 (a primeira referência do constitucionalismo à dignidade da pessoa humana) e nas Constituições Japonesa (1946) e Italiana de 1947/48⁴³⁵.

A conceção da dignidade da pessoa humana como um princípio supremo veio a ser introduzida na Constituição Alemã de 1949. O artigo 1.º afirmava que a dignidade da pessoa humana é intangível, devendo ser respeitada e protegida pelo poder público, com o reconhecimento dos direitos inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a humanidade, da paz e da justiça no mundo⁴³⁶. A Constituição Portuguesa de 1976 também contemplou, no artigo 1.º, a dignidade da pessoa humana de forma paradigmática. Esta conceção foi adotada nas constituições de diversos Estados, entre eles a Grécia, a Espanha⁴³⁷, o Brasil, a África do Sul e países do antigo bloco do leste europeu que haviam saído de experiências autocráticas mais tarde. A grande novidade dessa nova conceção é a “ideia de igual dignidade, de igualdade jurídica entre as pessoas, de direitos fundamentais iguais para todos”, bem como a erradicação de privilégios e a proibição de quaisquer formas de estigmatização e de discriminação das pessoas⁴³⁸.

O moderno constitucionalismo europeu não protege apenas os direitos e liberdades num sentido negativo, mas também impõe obrigações positivas para o poder público, congregando a ideia de dignidade para o indivíduo como um “específico projeto social”, diferindo do conceito de dignidade constante no modelo constitucional “individualista” norte-americano⁴³⁹.

A Constituição Portuguesa de 1933, denominada de Constituição salazarista, não contemplou este conjunto de experiências internacionais (antecedente à DUDH), no qual se manifesta uma ideia de dignidade, não obstante asseverar, no artigo 6.º, n.º 3, que incumbia ao Estado impedir que as classes sociais mais desfavorecidas descessem “abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente”. Esta norma permaneceu inalterada até a revisão constitucional de 1951, quando a incumbência do Estado passou a ser a de assegurar às classes sociais mais desfavorecidas “um nível de vida compatível com a dignidade humana”.

⁴³⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 47-48; 52. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴³⁶ Anexo I. Legislação. Alemanha Constituição Federal.

⁴³⁷ Anexo I. Legislação. Espanha. Constituição de 1978.

⁴³⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 52-53. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴³⁹ No plano da União Europeia, embora a dignidade humana não tenha sido expressamente contemplada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), ela o foi na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). Assim, parece haver pelo menos um consenso de que a dignidade humana serve de base aos direitos fundamentais consagrados na CDFUE e “opera como pilar básico que sustenta o desenvolvimento da identidade europeia”. (In BOTELHO, Catarina Santos - **Os direitos sociais em tempos de crise**: ou revisitar as normas programáticas, p. 46-48. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015).

Na revisão constitucional de 1971, competia ao Estado Português “assegurar a todos os cidadãos um nível de vida de acordo com a dignidade humana”⁴⁴⁰.

Paulo Otero⁴⁴¹ afirma que a dignidade da pessoa humana é a base primeira da República Portuguesa (artigo 1.º da Constituição de 1976), tendo precedência e prevalência axiológica sobre a vontade popular.

No Brasil, a expressão dignidade da pessoa humana, embora com significado distinto do que lhe empresta a Constituição de 1988, já apareceu em textos constitucionais anteriores. A Carta de 1934 (artigo 115), ao tratar da ordem econômica, sustentava que ela deveria ser organizada “conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”. A Constituição de 1946, em seu art. 145, determinava: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”. A Constituição de 1967 estabeleceu, no artigo 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (artigo 160), dispunha: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. Embora possa parecer paradoxal, considerando o seu caráter autoritário, até o Ato Institucional n.º 5, de 13/12/1968, em seu preâmbulo, fazia referência a expressão, ao considerar que a “Revolução Brasileira de 31 de março de 1964” se institucionalizou com fundamentos e propósitos anunciava ao país “um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurar autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade humana [...]”.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁴² destaca que a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 1.º, inciso III, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, reconheceu, de forma categórica, que o Estado é que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, pois o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Ainda segundo o citado doutrinador, por se tratar de qualidade

⁴⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais, p. 49-50. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2016.

⁴⁴¹ OTERO, Paulo - Dignidade da Pessoa Humana. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 116. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.ª, 2013.

⁴⁴² SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 65 e segs. 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

intrínseca da pessoa humana, sua dignidade “é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.

A Constituição Brasileira de 1988, aplicando uma nova técnica legislativo-constitucional, adotou os princípios fundamentais, o que significa que, para a interpretação do seu texto, dever-se-á partir desses princípios, impondo um raciocínio sistêmico. O constituinte brasileiro optou por não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais, elevando-a à condição de princípio e valor fundamental. Entre os referidos fundamentos, encontra-se a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III), junto a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Ressalte-se que a expressão dignidade da pessoa humana não aparece apenas no já mencionado art. 1.º, III, mas também em outros dispositivos constitucionais⁴⁴³ (artigos 170, 226 e 227). Mesmo que esses outros dispositivos possuam conotação especial, devem ser interpretados à luz do mencionado art. 1.º, III, em razão de ser este um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

A dignidade da pessoa humana não pode ser considerada um direito fundamental, pois, como condição inerente aos seres humanos, não poderá ser concedida pelo ordenamento jurídico, haja vista que não poderá ser retirada de nenhum ser humano, embora possa ser ameaçada ou violada. Partindo desse pressuposto, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º, III, da Constituição Brasileira não é apenas declaração de conteúdo ético e moral, mas norma jurídico-positiva dotada de plenitude, constituindo-se em valor jurídico fundamental, valor guia, não apenas dos direitos fundamentais, mas de todo o ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional), caracterizando-se para muitos (entre eles Klaus Stern) “como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)⁴⁴⁴.”

1.4 A dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho

Lygia Maria de Godoy Batista Cavalcanti⁴⁴⁵ informa que as teses sobre a desigualdade fática entre os homens surgiram na França, entre 1830 e 1848, e, para manter o

⁴⁴³ Anexo I. Legislação. Brasil. Constituição Federal.

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang - Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, p. 216-218. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

⁴⁴⁵ CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoi Batista - A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho. In SILVA, et al (Coord.) **Direitos humanos: essência do direito do trabalho**, p. 144-148. São Paulo: Editora LTr, 2007.

necessário equilíbrio na igualdade jurídica, concluiu-se que o Estado deveria promulgar leis mais protetoras, seguindo-se as doutrinas sociais em favor das lutas de classes, encabeçada pelo marxismo. Desse modo, o fundamento histórico do Direito do Trabalho, em sua incessante busca da substituição da igualdade formal pela igualdade real entre os atores do mundo do trabalho, é o conflito entre o capital e o trabalho.

Destaca a referida autora que, a partir da constatação da necessidade da proteção estatal pelas relações sociais, o trabalho revelou-se fundamental e passou a integrar todas as Declarações de Direito. Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao consagrar direitos sociais que se destinam também aos trabalhadores, entre eles o inscrito no artigo XXII, com a expressa previsão de “valores éticos, como a dignidade da pessoa humana, a dignificação do trabalho e a solidariedade universal fraterna”. Afirma ainda que as relações de trabalho são relações de desigualdade e, portanto, objeto dos Direitos Humanos, já que esses direitos não regem relações entre iguais, ao contrário, operam em defesa dos mais fracos e daqueles que mais necessitam de proteção.

No plano internacional, a proteção à dignidade do trabalhador veio a surgir em 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, por meio do Tratado de Versalhes, após a 1.^a Guerra Mundial⁴⁴⁶.

O respeito à dignidade no mundo do trabalho não deve permear apenas os normativos. Há de se realizar de forma concreta, no cotidiano das relações de trabalho. Louvando-se no magistério de Joaquim Carlos Salgado⁴⁴⁷, Gabriela Neves Delgado⁴⁴⁸ destaca que os Direitos Fundamentais são reconhecidos universalmente a partir da positivação nas Constituições. Esses direitos, no curso da história, passaram por três momentos. No primeiro, denominado de conscientização, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, formou-se a consciência de que o ser humano é sujeito de direitos universais, positivados na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789.

O segundo momento, o da positivação, insere esses direitos, especialmente os sociais, nas Cartas Constitucionais, com destaque pioneiro para as Cartas Políticas do México

⁴⁴⁶ Dignos de destaque, trechos do preâmbulo da parte XIII do citado normativo, ao aduzir: “a Liga das Nações tem por objetivo o estabelecimento da paz universal, e essa paz só pode ser estabelecida se for baseada na justiça social”. Reconheceu-se, também, que “existem condições de trabalho que envolvem injustiça, sofrimento e privações para um grande número de pessoas a produzir agitação tão grande que a paz e a harmonia do mundo estão em perigo; e uma melhoria dessas condições é urgentemente necessária”. Por fim, se asseverou que “o fracasso de qualquer nação em adotar condições humanas de trabalho é um obstáculo no caminho de outras nações que desejam melhorar as condições nos seus próprios países”.)

⁴⁴⁷ SALGADO, Joaquim Carlos - Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. 20:3 (Jul. - Set. 1966).

⁴⁴⁸ DELGADO, Gabriela Neves - **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 56. São Paulo: LTr, 2006.

(1917) e alemã, de Weimar (1919). Oportuno destacar ainda que a positivação dos Direitos de primeira e segunda dimensão deu origem ao Constitucionalismo Social⁴⁴⁹.

O terceiro momento, o da efetivação, é inerente ao modelo atual de Estado Constitucional e exige a implementação, a concretização, a realização em sociedade desses direitos fundamentais sociais.

Na esfera da Constituição Brasileira, observa-se destaque dado ao trabalho, relacionado aos valores e princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), ao valor social do trabalho (artigo 1.º, inciso IV), na valorização do trabalho humano, nos ditames da justiça social, na função social da propriedade e na busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e incisos III e VIII). Além disso, a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193). Tudo isso “significa que a Carta Magna fixa um conteúdo para o Direito, para a sociedade e para o próprio Estado em torno do valor do trabalho”⁴⁵⁰.

Quanto à função social da propriedade (CRFB, artigo 170, III), referido dispositivo constitucional impõe um comportamento positivo (prestação de fazer) ao empregador, ou seja, a atuação em prol dos empregados, concretizando-se este comportamento positivo pela valorização do trabalhador, mediante um salário justo, um meio ambiente de trabalho hígido e por um tratamento que enalteça a dignidade da pessoa humana⁴⁵¹.

A Constituição Brasileira de 1988, ao consagrar a valorização do trabalho humano e o valor social do trabalho, elegeu esses postulados em evidentes potencialidades transformadoras, de tal sorte que conferiu ao trabalho e aos trabalhadores um tratamento peculiar, pois, em uma sociedade capitalista moderna, o trabalho passou a receber uma

⁴⁴⁹ Segundo Paulo Bonavides, o Constitucionalismo Social é “aquele que nas relações do indivíduo com o Estado e vice-versa faz preponderar sempre o interesse da sociedade e o bem público”. Aduz que essa forma de Constitucionalismo teve sua positivação inicial em duas Constituições da América Latina: a da Venezuela, a célebre Carta bolivariana de 1811, e a do México, em 1917. Afirma o citado jurista que a Constituição mexicana deu um tratamento normativo, no que diz respeito à matéria social, “um teor qualitativo e quantitativo cujo alcance sobre-excede o da Constituição de Weimar promulgada em 1919, dois anos depois”. Entretanto, a carta alemã de Weimar teve repercussão imediata “contribuindo deveras para estabelecer, por seu reflexo ideológico os fundamentos do constitucionalismo social, com irradiação a outras Cartas, que receberam assim o influxo weimariano, tão importante para a abertura da nova era constitucional inaugurada na segunda década do século XX”. (BONAVIDES, Paulo - **Constitucionalismo Social e Democracia participativa**. [Em linha]. SCRIBD. [Consult. 22 Set. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/269304886/Constitucionalismo-Social-Paulo-Bonavides>; file:///C:/Users/trt10/Downloads/269304886-Constitucionalismo-Social-Paulo-Bonavides.pdf.

⁴⁵⁰ DELGADO, Gabriela Neves - **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 80. São Paulo: LTr, 2006.

⁴⁵¹ DALEGRAVE NETO, José Affonso - **Responsabilidade civil no direito do trabalho**, p. 637, 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

proteção não apenas filantrópica, mas politicamente racional⁴⁵².

No mundo contemporâneo, a dualidade existente entre a dignidade da pessoa humana, como primeiro dos valores, e o exacerbado patrimonialismo termina por reduzir o ser humano à inadmissível condição de coisa que pode ser utilizada para o aumento desse patrimônio⁴⁵³.

A doutrina do Estado Liberal, embora representasse um avanço em relação ao Estado absolutista, levou a uma experiência insatisfatória, aumentando as diferenças sociais entre os indivíduos e os grupos sociais, no campo das relações entre patrões e operários. Liberdade e igualdade – apenas formais – não garantiram o progresso econômico, social e individual, possível por meio de uma igualdade real de oportunidades de acesso a bens e valores fundamentais, com a melhoria das condições de vida e a construção de uma sociedade mais justa, pois esses direitos “têm forte e inseparável vínculo com o princípio da igualdade (real e não meramente formal), sua maior razão de ser”⁴⁵⁴.

A inserção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho é sinal do reconhecimento que todo trabalhador almeja, ou seja, a concretização de sua verdadeira condição de cidadão. Em uma sociedade organizada e democrática, este reconhecimento e zelo pelo Estado é uma de suas marcas características. Sonegar direitos ao cidadão trabalhador é diminuí-lo, além de impedi-lo de exercitar seu legítimo anseio de postular uma vida satisfatória em toda a sua integralidade, haja vista que “a pessoa humana deve ser o sujeito central do desenvolvimento econômico”. A real proteção ao trabalhador, por meio dos princípios e normas protetivas do Direito do Trabalho, guarda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido na maioria das Constituições e em diversos normativos internacionais. Sem o exercício pleno dos direitos trabalhistas, não há dignidade e, sem dignidade, o trabalhador não terá uma existência plena.

⁴⁵² GRAU, Eros Roberto - **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 199-200. 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno - **(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**, p. 472. São Paulo: LTr, 2010.

⁴⁵⁴ Reportando-se ao magistério de Fábio Comparato (**A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 4.^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-53) sobre a garantia formal do Estado Liberal de uma igualdade formal de todos perante a lei, Mauro Vasni Paroski destaca: “O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora”. Ademais, “essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança”. (In PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**, p.114/116. São Paulo: LTr, 2008).

O Direito do Trabalho, por meio do seu conteúdo básico, é vocacionado à busca da proteção e da preservação da dignidade do ser humano trabalhador^{455 456}.

Não há como se admitir a existência e muito menos o exercício de qualquer trabalho que afronte a dignidade da pessoa humana. Ainda que venha a ser exercido com a anuência do trabalhador, em nome de uma pseudoautonomia privada, o ordenamento jurídico trabalhista não pode acolher nenhuma atividade laboral que não seja agasalhada pelo maior de todos os princípios – o da dignidade da pessoa humana – do qual emanam todos os direitos inerentes ao ser humano, sejam eles rotulados como humanos, fundamentais, de personalidade ou outra denominação semelhante^{457 458}.

A existência digna da pessoa humana, em se tratando do cidadão ou cidadã trabalhadora, está ligada à efetiva valorização do trabalho humano, e a efetivação dessa dignidade e sua concretização no mundo do trabalho deverão ser mensurados pelas condições materiais e imateriais de labor aferidas no dia a dia da relação entre os trabalhadores e os seus empregadores. Todavia, no âmbito das relações laborais, o respeito à dignidade da pessoa

⁴⁵⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - **O Direito do Trabalho como dimensão dos direitos humanos**, p. 85 São Paulo: LTr, 2009.

⁴⁵⁶ A dignidade da pessoa humana assume um nítido conteúdo social à medida que, por meio do respeito e do cumprimento efetivo das normas próprias do Direito do Trabalho, ocorrer uma melhoria nas condições de vida dos trabalhadores, o que fatalmente trará como consequência também benefícios para toda a sociedade. (In LEDUR, José Felipe - **A realização do direito do trabalho**, p. 98. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998).

⁴⁵⁷ No particular, cita-se o conhecido caso de arremesso de anões, na França, onde o Estado proibiu essa atividade aviltante e degradante, que, embora contasse com a anuência dos trabalhadores, desnaturava e desvestia o ser humano de sua dignidade, já que esse valor é irrenunciável.

Em outubro de 1991, uma empresa do ramo de entretenimento para jovens decidiu lançar, em algumas discotecas de cidades da região metropolitana de Paris (França) e do interior, um inusitado certame conhecido como “arremesso de anão” (*lancer de nain*), consistente em transformar uma pessoa de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. O prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interditou o espetáculo, com base no artigo 131 do Código dos Municípios e, também, no art. 3.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A empresa e um dos trabalhadores ajuizaram ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles visando a anular o ato do prefeito. O pleito dos autores obteve êxito em primeira instância, entendendo a corte administrativa que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de perturbar a “boa ordem, a tranquilidade ou a salubridade públicas”. Todavia, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, declarando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”. (In GOMES, Joaquim B. Barbosa - **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa**. [Em linha]. XADREZ JUSTIÇA. [Consult. 28 Jul. 2018]. Disponível em <http://cassiuschess.blogspot.com/2013/03/arremesso-de-anao-dignidade-humana-x.html>).

⁴⁵⁸ Apenas para novamente ilustrar, recentemente um grupo de turistas ingleses, na cidade espanhola de Benidorm, na província de Alicante, em uma comemoração de despedida de solteiro, convenceram um mendigo polonês de 34 anos, de nome Tomek, mediante o recebimento de 90 libras (aproximadamente 100 euros), a tatuar na testa o nome e o novo endereço do noivo. Posteriormente, ocorreu a postagem do rosto do homem tatuado no Facebook. (In DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **Mendigo recebe cem euros para fazer tatuagem na testa com o nome do noivo na despedida de solteiro**. [Em linha]. [Consult. 31 Jul. 2018]. Disponível em https://www.dn.pt/mundo/interior/mendigo-recebe-cem-euros-para-fazer-tatuagem-na-testa-com-nome-do-noivo-na-despedida-de-solteiro--9661415.html?utm_source=Push&utm_medium=Web.)

humana jamais virá como concessão gratuita, mas será sempre fruto de uma conquista diuturna dos trabalhadores, a qual não prescinde de intensa luta contra os atos e práticas abusivas que encerram afronta aos seus direitos humanos, fundamentais e de personalidade.

As relações laborais apresentam situações que sofrem constante mutação no decorrer do tempo, às vezes com extrema velocidade, o que exige também que os mecanismos do sistema de proteção à dignidade da pessoa humana acompanhem, no mesmo ritmo, essas mudanças. Portanto não pode se admitir conceito, norma ou sistema protetivo estáticos, rígidos e inflexíveis, que impeçam ou dificultem uma ação (preferencialmente preventiva) protetora da dignidade humana.

1.5 Novas tecnologias, livre iniciativa e dignidade do trabalhador

A análise deste tópico não prescinde de incursões, embora sintéticas e com o objetivo de contextualização, sobre as origens e os objetivos do Direito do Trabalho, diante da profunda e histórica ligação desse ramo do Direito com as novas tecnologias, os novos modelos de produção decorrentes da livre iniciativa do empregador e a necessária preservação da dignidade da pessoa humana, na figura do ser humano trabalhador.

Foi a partir do final da Idade Média e do início da Idade Moderna, com a expulsão dos servos das glebas e com o rompimento das formas servis de utilização da força de trabalho, que ocorreu a migração desses trabalhadores para as periferias das cidades e a inserção deles no meio social na condição de trabalhador juridicamente livre dos antigos meios de produção e dos proprietários desses meios. A denominada primeira revolução industrial, que teve seu berço na Inglaterra, no século XVIII, reconectou o trabalhador, de modo permanente, aos novos modelos de produção, combinando a liberdade (trabalhador separado dos meios de produção e do seu titular) com a subordinação jurídica (e não mais submissão) no âmbito da relação empregatícia. Esta nova equação foi composta de elementos sociais, culturais, políticos e econômicos, que acompanharam o advento e a evolução do capitalismo. Nesse contexto, surgiu o Direito do Trabalho, não apenas para servir ao sistema econômico decorrente da Revolução Industrial, mas também para fixar controles para este sistema, conferindo-lhe uma “certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia”⁴⁵⁹.

Uma das consequências da Revolução Industrial foi um intenso desenvolvimento econômico, e este acelerado crescimento deu-se graças às inovações

⁴⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 88; 92. 16.^a ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

tecnológicas. Assim, o Direito do Trabalho – que se destina, na relação empregatícia, a fixar controle para este sistema e a lhe impor medidas civilizatórias mínimas – pela sua própria natureza e diante das influências dos fatores econômico, políticos, sociológicos e ambientais que repercutem nas relações laborais, está mais exposto às mudanças tecnológicas e às mutações decorrentes dessas mudanças. A contínua modernização e aperfeiçoamento dos sistemas produtivos, com o emprego das novas tecnologias podem ser entendidos como características permanentes do Direito do Trabalho, inclusive nos métodos de organização do trabalho, seu controle e vigilância, exigindo, dessa forma, “a evolução das normas laborais ao impor adaptações da força de trabalho às necessidades produtivas requeridas em cada momento”⁴⁶⁰.

Ora, se, em decorrência da evolução e das alterações contínuas dos meios de produção, as normas laborais devem ser alteradas para acompanhar esta constante mutação, da mesma forma, em observância aos postulados e princípios fundamentais do Direito do Trabalho, essas mesmas normas devem também acompanhar esta evolução para não permitir, em nome do crescimento econômico e do necessário (mas não selvagem) lucro das empresas, que haja afronta à dignidade dos cidadãos e cidadãs trabalhadoras, sob pena de rutura do necessário equilíbrio nas relações laborais, empurrando esses trabalhadores a um retrocesso econômico e social indesejável.

No exercício da livre iniciativa empresarial e por exigência do mercado, com o objetivo de aumentar a produtividade e os benefícios econômicos, a história revela que o empregador vem se utilizando de inovações científicas e tecnológicas para alcançar este desiderato⁴⁶¹. Este modelo de trabalho foi aplicado na indústria por Henry Ford, o que para muitos representou a segunda revolução industrial, gerando numa redução dos custos de produção e em aumentos reais de salários⁴⁶².

⁴⁶⁰ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 78-80. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁴⁶¹ No início do século XX, Frederick Taylor desenvolveu e promoveu a gestão científica dos meios de produção, decompondo o trabalho em diversos movimentos com o objetivo de alcançar uma maior eficácia mediante a análise científica desses movimentos, com novas metodologias alusivas ao tempo, movimentos e estímulos, fazendo com que o aumento da produtividade não decorresse do aumento do investimento em capital, mas, em boa parte, à remodelação do método de trabalho e à sua direção científica.

⁴⁶² Esse modelo empresarial se constituiu em uma típica relação de trabalho estável, caracterizada pelas ideias de emprego por tempo indeterminado, tempo integral e maior durabilidade do vínculo laboral. Entretanto, tal modelo de produção e também de relação laboral, no final dos anos 70 do século XX, por diversos fatores, inclusive econômicos e sociais, afetou de forma muito negativa a economia mundial, gerando reflexos diretos no mundo do trabalho e também no Direito do Trabalho. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 80-84. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

A terceira revolução industrial decorre da globalização da economia e do impacto das novas tecnologias sobre os métodos de organização do trabalho, e reclamaria um novo direito, diverso do tradicional, para reger as relações no mundo do trabalho da sociedade pós-industrial. O mundo capitalista, até então gerido pelos métodos tradicionais, sofreu em apenas duas décadas o impacto de descobertas científicas que iriam gerar uma verdadeira revolução tecnológica, atingindo os diversos setores da economia, alterando as instituições e, até mesmo, o sistema capitalista, que restou modificado em face do alto nível de competitividade internacional. Diante desse quadro de incertezas, até mesmo o princípio da proteção, um dos “mitos” do Direito do Trabalho, passou a ser questionado e/ou flexibilizado. Contudo, há de se preservar o denominado “núcleo duro” dos direitos fundamentais, que deve resistir ao “embate dos novos acontecimentos de ordem econômica para reafirmar o império da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana”^{463 464}.

“O desenvolvimento tecnológico será sempre de se aplaudir e festejar, desde que reverta em prol das pessoas.” Esta afirmativa de Francisco Alberto da Mota Peixoto Giordani⁴⁶⁵ traduz a realidade e a tendência irreversível do mundo contemporâneo, revelada na necessidade de que sejam produzidos bens e serviços em prol do empreendedor, da sociedade e dos trabalhadores, mas que os limites dessa produção encontram barreira intransponível na dignidade de todos e dos trabalhadores. Portanto, recomenda o citado autor, há necessidade de que se tenha muito cuidado, para que o uso imoderado, abusivo e arbitrário de alguns empregadores não venha a afetar os direitos fundamentais dos trabalhadores (alguns conquistados com muitos sacrifícios), entre eles a privacidade, decorrente dos direitos de personalidade e emanados do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inegável que as novas tecnologias, as denominadas NTIC (novas tecnologias de informação e comunicação) impactam no mundo do trabalho e no Direito do Trabalho, influenciando não apenas no processo produtivo, mas também no aspeto organizacional, na gestão empresarial e no controle da execução do trabalho, implicando também em modificações da forma de trabalhar dos trabalhadores, o que incita o Direito do Trabalho a

⁴⁶³ ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 442-443. 5.^a ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

⁴⁶⁴ A ilustrar o contexto aqui relatado, registre-se que, em 1960, a então maior empresa do mundo (a americana General Motors, da indústria automobilística) contava com seiscentos mil trabalhadores e lucro anual (atualizado) de 7,6 milhões de dólares. Hoje ocupa o seu lugar a empresa tecnológica APPLE, com cerca de 1/5 de trabalhadores e com margem de lucro oito vezes maior. (In AMARO, Jorge - **Avanços tecnológicos e emprego: do passado ao futuro presente**. In MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord). **O mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro**, p. 154. São Paulo: LTr, 2018).

⁴⁶⁵ GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto - **Estudos de direito material e processual do trabalho**, p. 104. São Paulo: LTr, 2013.

adequar-se aos novos tempos, sem que abdique de velar pelo direito dos trabalhadores. Tudo isso, apesar de traduzir-se em uma série de vantagens organizativas e de gestão, cria riscos para determinados direitos fundamentais dos trabalhadores, para a sua privacidade, haja vista que a acumulação e a utilização de informações dos trabalhadores (aparentemente inofensivas) pelos empregadores podem ser usadas para diversos fins⁴⁶⁶.

Afirma Arion Sayão Romita que, em face do atual contexto no mundo do trabalho, a exigência da competitividade põe em xeque o princípio da proteção e que as “exigências da economia preconizam o triunfo do mercado e impõem a flexibilização das condições de trabalho, como condição para a redução dos custos da empresa”. O autor citado ressalta que, no Brasil, a flexibilização já adquiriu foros de preceito constitucional (CRFB, artigo 7.º, incisos VI, XIII e XIV) e, embora não se destine a produzir ganhos ou reduzir os custos das empresas, vem a “fornecer aos atores sociais elementos para preservar a fonte de emprego (a empresa), como meio de combate ao desemprego”⁴⁶⁷.

Não obstante o respeito e a reverência devotada ao doutrinador Arion Sayão Romita, a posição aqui adotada é diametralmente oposta ao seu pensamento. Não há como negar, na prática, que as empresas buscam almejar lucros ou reduzir os seus custos, mediante a flexibilização dos direitos dos trabalhadores. Ademais, é uma falácia a afirmativa de que a geração ou manutenção dos empregos decorre da flexibilização dos direitos laborais. O que gera emprego (ou os mantém) é a existência de uma economia saudável e produtiva. Nos países onde os direitos trabalhistas foram flexibilizados, com o pretexto de geração de empregos, não se alcançou este objetivo.

No Brasil, aponta-se como exemplo a Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou mais de uma centena de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, denominada por muitos de “Reforma Trabalhista”. Referido diploma legal suprimiu e flexibilizou diversos direitos (material e processual) dos trabalhadores. A justificativa e o discurso para a sua aprovação, pelos empregadores e pelos Poderes Legislativo e Executivo foi que a sua finalidade era gerar empregos, em uma economia em crise, o que não ocorreu à época, bem como nos anos que se seguiram.

⁴⁶⁶ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 95; 97; 101-102. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁴⁶⁷ ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 443-444. 5.ª ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

A dignidade da pessoa humana restará sempre aviltada se, a pretexto de se gerarem empregos – o que não ocorre –, houver flexibilização das normas trabalhistas com o escamoteado intuito de se reduzirem custos ou se aumentar o lucro das empresas.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 170, estabelece, em seu *caput*, que a ordem econômica é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Os incisos do referido dispositivo estabelecem os princípios que devem ser observados para se alcançar o preceito maior constante do *caput*⁴⁶⁸.

O Direito do Trabalho, conforme já afirmado, nasceu de uma revolução industrial e das novas tecnologias daquela época. Tem sobrevivido às outras revoluções e às diversas crises econômicas e, até então, tem conseguido cumprir o seu desiderato. Apesar de todos os avanços e recuos, espera-se que “continue singrando os mares bravios, passando ao largo das tempestades, amadurecendo, avançando pouco a pouco, e navegando na mesma nau da história”⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Natália Queiroz Cabral Rodrigues revela a preocupação do legislador constituinte brasileiro em associar a livre iniciativa e a liberdade econômica com a realização dos objetivos sociais, entre eles a diminuição das desigualdades, a busca do pleno emprego e a observância da função social da propriedade. Afirma ainda que, em decorrência da evolução das relações de produção e da necessidade de se propiciarem melhores condições de vida aos trabalhadores, foi superada a liberdade falaciosa da “harmonia dos interesses” do Estado Liberal, surgindo mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, na busca da realização da justiça social e do bem-estar coletivo. (In RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral - **Relação de trabalho sadia: função social da propriedade versus livre-iniciativa**, p. 71-72. São Paulo: LTr, 2015).

⁴⁶⁹ RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador**, p. 80. São Paulo: LTr, 2012.

Capítulo 2 – Vida Privada e Intimidade

2.1 Gênese, evolução, conceito e principais teorias

2.1.1 *Origens e evolução histórica*

Segundo Hannah Arendt⁴⁷⁰, este círculo de intimidade que hoje se chama privado tem a sua gênese nos últimos períodos da civilização romana e em alguns períodos da antiguidade grega. Entretanto, suas variadas formas e peculiaridades só passaram a ser conhecidas na era moderna. Ao descrever o homem moderno, a autora o vê como incapaz de sentir-se à vontade em sociedade ou de viver fora dela, pois sabe que é inconcebível uma forma de existência que não seja nela. Também aponta como característica do homem moderno a constante alteração de seu estado de espírito e um subjetivismo de sua vida emocional, que “nasceram dessa rebelião do coração”.

Para se discorrer acerca do que seja privacidade e intimidade, embora de forma sucinta, hão de se examinar as diferenças entre o que é público e o que é privado. Para tanto, adotam-se as considerações de Hannah Arendt, que, ao examinar a condição humana no século XX, aduz que a expressão “público” denota dois fenômenos que, embora estejam intimamente ligados, não são idênticos. Para a citada autora, o primeiro fenômeno seria que tudo o que vem a público pode ser visto e ouvido por todas as pessoas e tem ampla divulgação. O segundo fenômeno seria que o termo “público” representa o mundo, na medida em que é comum a todas as pessoas, mas diferente do lugar que nos cabe dentro dele. Assim, a esfera pública, como mundo comum, reúne todas as pessoas na companhia uns dos outros, contudo evita que colidamos uns com os outros⁴⁷¹.

Para Hannah Arendt, a esfera privada deve ser explicada a partir da esfera pública e da múltipla importância desta última, pois viver uma vida inteiramente privada significa que a pessoa seja destituída das coisas essenciais a uma verdadeira vida humana, privando-se da realidade do facto de ser visto e ouvido por outros e de uma relação objetiva com as demais pessoas. Assim, a “privatização da privatividade” decorre da ausência das outras pessoas e, para essas pessoas, aquele ser humano que se mantém privado e não se dá a conhecer é como se não existisse. Logo, o que o ser humano privado faz ou deixa de fazer é sem importância ou sem consequências para as demais pessoas, e aquilo que é importante

⁴⁷⁰ ARENDT, Hannah - **A condição humana**, p. 48-49. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

⁴⁷¹ ARENDT, Hannah - **A condição humana**, p. 59-68. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

para o ser humano privado é desprovido de interesse para os demais⁴⁷².

Diogo Leite Campos destaca que os seres humanos e suas respectivas famílias integravam-se em uma ordem universal que determinava o lugar de cada um na coletividade, de tal forma que o que cada um fazia, pensava e dizia era do interesse de todos, e estes “controlavam o comportamento dos outros, em todos os aspetos; naquilo que hoje diremos que é público, mas, também nos recônditos mais íntimos daquilo que hoje concebemos como privado”. Assim, todo o privado, no sentido exposto, também era público. Tudo se conversava nas ruas. Dessa forma, a vida pessoal, familiar era ao mesmo tempo exposta e controlada por todos, por meio de “uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante”. Exemplo desse padrão cultural de comportamento, de profunda inserção de todos na ordem social, com a interferência do outro no *eu*, foi “a confissão auricular, exigida pela Igreja Católica desde o século XI”. As ações e os pensamentos mais íntimos eram relevados “a outro homem (por muito que este fosse o ouvido de Deus)”. A publicidade e a normatividade caracterizaram a vida das pessoas até o século XIX. Aduz ainda o referido doutrinador que o direito à privacidade, que se encontra na base dos direitos de personalidade, à época, era impensável⁴⁷³.

O direito de não ser observado e a ter um espaço de liberdade podem traduzir-se em um reconhecimento da privacidade, e suas raízes históricas encontram referência nas leis judaicas, na Bíblia e no Corão. Também há alusão a este direito nas civilizações mais antigas, como a chinesa, a hindu e no budismo. Na Antiguidade Clássica, embora existente o conflito entre a vida comunitária e a vida privada, o que levou autores gregos (Eurípedes, Péricles, Platão e Aristóteles) e romanos (Sêneca e Lucílio) a demonstrarem preocupação com esta divisão, atribuía-se à comunidade um valor de tal ordem que era difícil existir uma esfera de vida privada das pessoas. Ainda assim, segundo Jürgen Habermas, na Grécia, era possível observar-se uma esfera pessoal, quando se separava a esfera da *pólis* (comum aos cidadãos livres) da esfera da *oikos* (ligada à casa de cada pessoa). Em sua obra *Ética a Nicomano*, Aristóteles manifestou sua repugnância à intromissão na vida privada de cada um, devendo-se a este autor uma das primeiras abordagens acerca da privacidade com liberdade⁴⁷⁴. Não obstante isso, na Grécia antiga, não havia nenhuma preocupação jurídico-política com a

⁴⁷² ARENDT, Hannah - **A condição humana**, p. 68-78. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

⁴⁷³ CAMPOS, Leite Diogo - **Nós: estudo sobre o direito das pessoas**, p. 113-117. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Depósito legal 207175/04.

⁴⁷⁴ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador**, p. 110. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

intimidade e com a vida privada dos cidadãos, a ponto de Aristóteles afirmar que “na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente”⁴⁷⁵.

No período histórico denominado de pré-moderno, o pensamento cristão, especialmente os ensinamentos de Santo Agostinho, considerado o primeiro teórico do direito à intimidade, desenvolveu ideias que servem de base às liberdades individuais, inclusive do atual direito à privacidade. Em sua clássica obra *Confissões*, fez alusão à “doutrina da interioridade”, afirmando o direito pessoal à solidão e à liberdade do indivíduo perante o público. No século XIII, destaca-se a importante contribuição de São Tomás de Aquino ao preconizar que, além dos bens externos, existem os “bens intrínsecos à pessoa humana”, entre eles a integridade corporal e a intimidade. Na Idade Média, a conjunção entre a técnica do direito romano e do direito comum, o cuidado do direito germânico com a liberdade e a ideia cristã da dignidade da pessoa humana vieram a se ligar com a ideia de privacidade. Na Idade Moderna, a contrarreforma, que produziu a separação do poder político e o reconhecimento da inviolabilidade de domicílio e do segredo de comunicações em alguns textos jurídicos, foram marcos fundamentais da ideia de privacidade. Apontam-se como precedente remoto de tutela da privacidade, no século XIV, no ano de 1361, na Inglaterra, os Juizes do *Peace Act*, que estabeleceram a detenção para quem se introduzisse em casa alheia e a vigiasse^{476 477 478}.

A partir do século XVI, com a ascensão da burguesia e o surgimento das cidades, começou-se a delinear uma clara distinção entre o que seria público e o que seria

⁴⁷⁵ TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin - **A proteção da privacidade**, p. 28-31. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

⁴⁷⁶ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 111-112. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁴⁷⁷ Gustavo Carvalho Chehab informa que, entre os povos antigos, não havia a denominada independência privada. Esta era centrada na vida em família, em que não havia a defesa de coisas íntimas, pois a prática diária se voltava à sobrevivência da espécie. Entre os cidadãos da Roma antiga, o lar era um lugar sagrado e santo. Durante a Idade Média, a intimidade era uma prerrogativa dos senhores feudais, e a propriedade era considerada uma extensão da intimidade e, até mesmo, condição para ter intimidade. Entretanto, adverte o autor que a conceção filosófica da intimidade/privacidade como pressuposto fundamental do homem tem suas raízes com base no pensamento cristão de Santo Agostinho (quando ele descobre a intimidade, em uma de suas reflexões solitárias acerca de sua relação com Deus) e, também, São Tomás de Aquino, para quem existem bens que estão na própria pessoa, entre eles, a intimidade, que se encontra em seu núcleo mais oculto e é sagrada. (In CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte**: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática, p. 49-50. São Paulo: LTr, 2015).

⁴⁷⁸ Segundo Rodrigo Zasso Schemkel, a proteção à privacidade é uma preocupação histórica que retroage às culturas hebraica e grega e à China antiga. Entretanto, essa proteção se limitava ao direito de estar só, pois os antigos quase não tinham necessidade de proteção à intimidade, visto que suas vidas transcorriam em espaços públicos. No Império Romano, a vida privada era um resíduo do que uma pessoa poderia fazer, sem afrontar seus deveres e suas funções públicas; portanto, havia uma delimitação de forma negativa. Destaca ainda que, até o final da Idade Média, as atitudes tinham caráter coletivista, diante da ausência de uma clara noção de indivíduo. (In SCHEMKEL, Rodrigo Zasso - Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 10, n. 812, 23 set. 2005. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7309/violacao-do-direito-a-privacidade-pelos-bancos-de-dados-informatizados/4>.)

privado. O público passou a ser entendido como aquilo que está aberto à consideração de qualquer pessoa, já o privado dizia respeito à parte da vida relativa aos familiares e aos amigos. A Revolução Francesa veio a acentuar ainda mais as diferenças entre o público e o privado. O desafio contemporâneo reside na fixação dos limites entre o público e o privado⁴⁷⁹
480.

Segundo Têmis Limberger, as Constituições liberais (com a marca do individualismo) dos Estados Unidos (1787) e a Francesa (1791) possuíam, entre suas funções básicas, limitar o poder do Estado e garantir os direitos fundamentais, consagrando direitos públicos subjetivos e liberdades negativas, sem interferência estatal na liberdade das pessoas. Quanto à intimidade, surgiu o direito de não ser molestado^{481 482}.

Há consenso doutrinário⁴⁸³ de que foi a partir do ensaio de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis⁴⁸⁴ que a matéria passou a ser tratada com o *status* de teoria, ensejando “as

⁴⁷⁹ GUNTHER, Luiz Eduardo - A Importância dos proteção dos direitos à intimidade e à privacidade dos trabalhadores. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org). **Direitos Humanos dos Trabalhadores**, p. 123. São Paulo: LTr, 2016.

⁴⁸⁰ Quanto à evolução do direito à privacidade, afirma Gustavo de Carvalho Chehab que as Declarações de Direito do Homem, da Virgínia (1776), e do Homem e Cidadão, da França (1789), mesmo que não enfocassem diretamente a privacidade, já consagravam os ideais de liberdade individual, substrato da noção de direito à privacidade, que se consolidaria posteriormente. (In CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática**, p. 50. São Paulo: LTr, 2015).

⁴⁸¹ LIMBERGER, Têmis - **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**, p.30. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁴⁸² Diógenes V. Hassan Ribeiro informa que, na França, no ano de 1858, o Tribunal de Séné reconheceu à família de uma famosa atriz (Elisa Félix), conhecida como Rachel, o direito de não publicação de suas gravuras, fotografias e imagens feitas em seu leito de morte. Aduz o autor que o entendimento do Tribunal seguiu a linha de que, embora famosa e pública, uma pessoa tem o direito de morrer na obscuridade, sem exposição. Esse julgamento teria inspirado, dez anos depois, a Lei Francesa, de 11 de maio de 1868, que, em seu artigo 11, estabeleceu a punição de multa de 500 francos pela publicação em periódicos de fatos da vida privada. Assim, há cerca de 150 anos, surgiu a primeira lei “que protege a vida privada, o que confirma que o direito é um produto da cultura, é histórico e evolui conforme evolui a sociedade”. (In RIBEIRO, Diógenes V. Hassan - **Proteção da Privacidade**, p. 13-16. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2003).

⁴⁸³ Entre diversos doutrinadores: QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 218. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento); CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática**, p. 58-59. São Paulo: LTr, 2015; AIETA, Vânia Siciliano - **A garantia da intimidade como direito fundamental**, p. 83, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999; FESTAS, David de Oliveira - **O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho**. [Em linha]. Ordem dos Advogados de Portugal. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/> e MOREIRA, Adriano Fernandes - **Direito à Vida Privada e Marketing Direto no Comércio Eletrônico**, p. 30. Gurupi: Célere, 2013.

⁴⁸⁴ Em 15 de dezembro de 1890, ocorreu a publicação do artigo intitulado *The Right to Privacy*, na *Harvard Law Review*, de autoria do Senador Samuel Warren e do jurista Loius Brandeis (que viria a ser Juiz da Suprema Corte dos EUA), no qual foram analisados os excessos da imprensa norte-americana, acostumada a invadir a tranquilidade privada das famílias e dos cidadãos. A vítima teria sido o próprio Samuel D. Warren, inconformado com as intromissões da imprensa de Boston em sua vida familiar. Segundo Gustavo Carvalho Chehab (em tradução livre da obra de Warren e Brandeis), destacam-se as seguintes conclusões: “1. O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação da matéria que é de interesse público ou geral. [...] 2. O direito à

bases técnico-jurídicas da noção de *privacy* e configurando-a como um real *right to be let alone*” (Vânia Siciliano Aieta)⁴⁸⁵. Destaca ainda Paula Quintas⁴⁸⁶ que o “conceito de vida privada surge por influência do direito anglo-saxônico, sendo dado por comum a influência de Samuel Warren e Louis Brandeis como autores do conceito de *the right to privacy*”. Entretanto, prossegue a citada autora, a *privacy* norte-americana difere do conceito de vida privada português, haja vista que, naquele conceito, a expressão se encontra associada à proteção da propriedade, havendo uma sobreposição de vida privada e proteção da propriedade.

Todavia, mesmo antes do citado artigo de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em 1880, houve menção à *privacy*, quando o Juiz Thomas Cooley utilizou uma expressão (*right to be let alone*, ou seja, o direito a estar só ou a ser deixado só) que, dez anos após, viria a ser utilizada por Warren e Brandeis^{487 488}.

Nesse contexto, cumpre destacar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1948, foi um marco da

privacidade não proíbe a publicação de qualquer matéria, apesar de sua natureza privada, quando a publicação é feita mediante circunstâncias que a tornem uma informação privilegiada de acordo com a lei de calúnia e difamação. [...] 4. Os remédios para uma invasão do direito de privacidade também são sugeridos por aqueles administrados na lei de difamação e na lei de propriedade literária e artística, nomeadamente: 1. Uma ação de responsabilidade civil por danos em todos os casos”. (In CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática**, p. 50-59. São Paulo: LTr, 2015).

⁴⁸⁵ A aproximação entre Warren e Brandeis, para a elaboração do mencionado artigo, decorreu de uma situação empírica e familiar. A Sra. Warren, filha do Senador Bayard, frequentemente promovia festas sociais em sua casa em Boston. A imprensa escrita local e especialmente o jornal *Saturday Evening Gazette*, especializado em assuntos da alta sociedade, escreviam sobre essas festas, muitas vezes com detalhes pessoais e desagradáveis. Esses comentários atingiram o seu clímax na festa de casamento de uma das filhas do casal. Como consequência Samuel Warren procurou Louis Brandeis, seu antigo companheiro de estudos e, juntos, elaboraram o paradigmático e histórico artigo. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador**, p. 137. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁴⁸⁶ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p.218-219. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁴⁸⁷ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador**, p. 119. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁴⁸⁸ David de Oliveira Festas leciona que o *right to privacy* surgiu na jurisprudência norte-americana em 1893, quando um estudante de direito ajuizou uma ação contra um periódico que, alegadamente, teria publicado uma fotografia sua sem o seu consentimento (caso Marks vs. Joffra). A Justiça americana entendeu que o estudante tinha, além do seu direito à imagem, o direito a ser deixado em paz. Posteriormente, em 1902, no caso Roberson vs. Rochester Folding Box Co., e, em 1905, no caso Pavesich vs. New England Life Insurance Co., “o direito à reserva da intimidade da vida privada veio a ser definitivamente reconhecido, social e juridicamente, tendo sido desde então objecto de múltiplos desenvolvimentos e controvérsias”. (In FESTAS, David de Oliveira - **O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho**. [Em linha]. Ordem dos Advogados de Portugal. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em [https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/.](https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutrinais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/))

internacionalização dos direitos fundamentais, inserindo-se entre eles o direito à intimidade e à vida privada. O artigo XII da DUDH assegura: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O direito à privacidade, em sua caminhada evolutiva, ampliou-se no final do século XIX e no século XX, e esta evolução relaciona-se com o desenvolvimento de novas tecnologias e a necessidade de alcançar essas novas realidades decorrentes das inovações tecnológicas. A tecnologia contribuiu para o surgimento de uma nova esfera privada, que, embora mais seja mais ampla, é também mais frágil, haja vista sua exposição a terceiros, o que requer maior proteção jurídica e uma maior dimensão do seu conceito, o que viria a ocorrer a partir dos anos 60 do século XX, motivada pelas inovações tecnológicas, pelo surgimento dos computadores. Assim, a conceituação contemporânea de privacidade não mais corresponde àquela da era “pré-informática” que não mais conseguia responder às novas situações e questões jurídicas decorrentes do desenvolvimento tecnológico. Portanto, o direito à privacidade deve ser posto sob dupla perspectiva: o direito de impedir o conhecimento injustificado e invasivo e o “direito de opor-se à instrumentalização do seu conhecimento mediante a divulgação ilegítima”, inclusive no que diz respeito aos dados pessoais. Há de se incluir no contemporâneo conceito de privacidade o direito à autodeterminação informativa, mediante o qual as pessoas possam controlar as informações que lhe digam respeito⁴⁸⁹.

Francisco Giordani ressalta que se vive em um mundo em que tamanha é a invasão da privacidade, pelos mais variados meios, que “acabamos por nos habituar com isso, achando tudo normal e próprio de nossa época, até garantindo uma maior segurança e aí de quem se rebelde contra isso, pois poderá ser suspeito de ter algo a esconder”. Assinala ainda que as empresas hoje não devem pensar apenas no lucro, visto que não podem valer-se dos recursos tecnológicos para extrair de cada trabalhador mais do que é humanamente razoável, pois, embora o lucro seja aspecto de grande importância, o que deve preponderar é o ser humano que trabalha, “que entrega parcela de sua vida no trabalho que executa”⁴⁹⁰.

A proteção à privacidade, diante da verdadeira devassa que os modernos meios de tecnologia de informação e comunicação, as diversas redes sociais, os incontáveis bancos de dados que armazenam importantes informações dos seres humanos, é tarefa difícil e,

⁴⁸⁹ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 119-120; 123-124. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁴⁹⁰ GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto - **Estudos de direito material e processual do trabalho**, p. 108; 146-147. São Paulo: LTr, 2013.

até mesmo, arriscada de se tornar obsoleta na mesma proporção da velocidade do avanço desses meios.

Na caminhada evolutiva do direito à reserva da vida privada e da intimidade, adota-se uma concepção de que, para a proteção integral desses direitos, não basta a preservação dos atos ou fatos que digam respeito à pessoa humana, o fazer ou não fazer, a reserva de seu corpo físico, mas também aquilo que a pessoa humana é, na sua essência, na sua composição biológica com os seus aspetos negativos e positivos, ou seja, a proteção integral em suas dimensões física, social, psíquica e espiritual.

2.1.2 *Conceitos e distinções*

Embora a intimidade e a vida privada sejam direitos de personalidade vinculados e complementares, e usualmente seus conceitos sejam confundidos, são direitos distintos e com características que permitem a compreensão dessa diferença, pois a intimidade pertence a um círculo mais restrito, dentro da vida privada.

No Brasil, existe uma tendência a se usarem indistintamente, como sinônimas, as expressões intimidade e vida privada⁴⁹¹, embora alguns autores ressaltem que a intimidade é uma porção mais restrita da vida privada. Entretanto, faz-se necessária uma radical distinção com base nas lições do Direito Comparado e, também, na matriz etimológica das duas expressões. Não por acaso a Constituição Brasileira consagrou um direito geral à vida privada e à intimidade ao dispor, no artigo 5.º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Dessa forma, o legislador constituinte brasileiro deixou claro tratar-se de dois institutos distintos⁴⁹².

⁴⁹¹ O vocábulo privacidade deriva do inglês *privacy* e corresponde à vida privada, intimidade e privacidade. O termo intimidade estaria ligado à qualidade de ser íntimo, amizade íntima, relações íntimas e familiaridade. (In MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa, p. 1698; 1171. 5.ª ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998).

A palavra privacidade corresponde à vida privada, à vida íntima, à intimidade. A expressão intimidade significa a qualidade de íntimo, vida íntima, vida particular e trato íntimo. (In FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**, p. 1640; 1128. 3.ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999).

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas entende por privacidade uma característica da vida privada do indivíduo, cuja inviolabilidade é garantida pelo Estado e aponta o termo intimidade como sinônimo. Ao tratar do direito à intimidade, afirma que é um preceito derivado da DUDH (artigo XII) “erguido contra a interferência na vida privada de qualquer pessoa, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência”. Nessa obra, o direito à privacidade é equiparado ao direito à intimidade. (In SIDOU, J. M. Othon - **Dicionário Jurídico**, p. 613; 251; 252. 3.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1995).

⁴⁹² SAMPAIO, José Adércio Leite - Análise do inciso X do art. 5º da CF. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al., (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**, p. 277. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Alguns consagrados doutrinadores (André Ramos Tavares, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Santos Cifuentes) preferem adotar uma conceção mais abrangente, incluindo a intimidade no âmbito de proteção do direito à vida privada, pois, em face da fluidez das diversas esferas da vida privada, esta distinção encontraria dificuldade de sustentação^{493 494}.

Arion Sayão Romita conceitua privacidade como uma esfera mais ampla do que a intimidade e, nesse contexto, deve ser entendida como a faculdade que possui o empregado “de excluir o empregador do acesso a informações e de impedir que sejam divulgadas tais informações, capazes de afetar sua sensibilidade, na extensa ‘área da manifestação existencial do ser humano’, para usar a expressão de Celso Bastos”⁴⁹⁵.

A língua inglesa utiliza a expressão *privacy* para indicar pretensões jurídicas alusivas ao respeito à esfera de autonomia pessoal e familiar, contemplando o direito de ser deixado em paz (*tort privacy*); o direito à inviolabilidade, em face do Estado, dos bens, objetos pessoais e da casa (*Fourth Amendment privacy*) e o direito às decisões de caráter pessoal e íntimo (*fundamental decisions privacy*)⁴⁹⁶.

Na França, os Tribunais utilizam a expressão “intimidade da vida privada” às causas alusivas à saúde, à nudez e à convicções religiosas, reservando o termo “respeito à vida privada” para os casos que digam respeito à vida familiar, à vida amorosa, à própria imagem, aos recursos econômicos, aos impostos, ao lazer e à vida profissional das pessoas⁴⁹⁷.

Quanto ao conceito de vida privada, segundo Marcelo Cardoso Pereira⁴⁹⁸, seria, em princípio, tudo que não pertence ao âmbito da intimidade, mas que também não pertence à esfera pública. Assim, na seara da vida privada, estaria a interação com os amigos íntimos, com os familiares, com os colegas de trabalho; mas, mesmo que sejam

⁴⁹³ GUNTHER, Luiz Eduardo - A Importância dos proteção dos direitos à intimidade e à privacidade dos trabalhadores. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org). **Direitos Humanos dos Trabalhadores**, p. 127. São Paulo: LTr, 2016.

⁴⁹⁴ Também Georgenor de Sousa Franco Filho sustenta que a privacidade, por ser mais ampla, abrange a intimidade, incluindo-se na primeira as relações familiares e com terceiros, e algumas formas de convivência, mas com comunicação razoável. A intimidade, segundo o referido autor, é mais estreita, referindo-se às coisas mais pessoais de cada qual, como fatos da vida pessoal do ser humano, desconhecidos até mesmo pelos seus familiares, tais como hábitos e vícios, que se encontram no âmbito pessoal, sem repercussão externa. (In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Intimidade e privacidade do trabalhador no direito internacional e comparado**, p. 10. São Paulo: LTr, 2016).

⁴⁹⁵ ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 323-324. 5.ª ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

⁴⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite - Análise do inciso X do art. 5º da CF. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al., (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**, 276-277. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

⁴⁹⁷ SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de Personalidade e sua tutela**, p. 304-305. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴⁹⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso - **Direito à Intimidade na Internet**, p. 140. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

compartilhadas algumas situações da vida pessoal (e até mesmo segredos), não vai além desse contexto e afasta a publicidade desses acontecimentos e a ingerência de terceiros⁴⁹⁹.

No século XIII, São Tomás de Aquino definiu a intimidade como “o núcleo mais oculto das pessoas, e só quando esta intimidade é tornada pública pela pessoa é que pode ser julgada e valorada pelos outros; mas se é manifestada em segredo a outra pessoa, há que continuar a respeitá-la”⁵⁰⁰.

Tércio Sampaio Ferraz⁵⁰¹ aduz que a intimidade é um espaço exclusivo que alguém guarda para si, sem nenhuma repercussão social, e até mesmo fora de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, comporta o compartilhamento com outras pessoas, no ambiente familiar, de trabalho, de lazer. Sustenta o referido doutrinador que não há um conceito absoluto de intimidade, embora este instituto tenha como atributo básico o estar só, sem excluir o segredo e a autonomia. Identifica a intimidade como “o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange”⁵⁰².

Quanto ao direito à inviolabilidade da intimidade, é espécie do gênero direitos da personalidade, cuja gênese reside no consagrado princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1.º, III, da Carta Magna. Alice Monteiro de Barros afirma que o direito à intimidade “há muito vem sendo conceituado como aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem”. Afirma ainda que a violação a este direito pressupõe a ingerência na esfera íntima da pessoa, por meio “de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente”. Sustenta a citada jurista que o direito à intimidade é o “direito a não ser conhecido em certos aspetos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos”⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Sandra Lia Simón, de forma objetiva e direta afirma que a vida privada ou privacidade é “tudo aquilo que o indivíduo quer ocultar do conhecimento público”. A intimidade seria tudo aquilo que a pessoa “quer deixar apenas no seu próprio âmbito pessoal, oculto também de pessoas de seu convívio mais próximo”. (In SIMÓN, Sandra Lia - **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**, p. 109. São Paulo: LTr, 2000).

⁵⁰⁰ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 111. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁰¹ FERRAZ, Tércio Sampaio - Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, p. 449. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. vol. 88, 1993.

⁵⁰² Para Alexandre Agra Belmonte, a intimidade é a esfera secreta da vida do sujeito do direito, ou seja, é a zona espiritual que deve ficar livre da intromissão de terceiros e também corresponde a quem é o indivíduo e ao que ele pensa. (In BELMONTE, Alexandre Agra - **Danos morais no direito do trabalho**, p. 143-144. 3.ª ed. rev. e atual. conforme a EC n.º 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

⁵⁰³ BARROS, Alice Monteiro de - **Proteção à intimidade do empregado**, p. 34-35. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

Para Arion Sayão Romita: “A esfera da intimidade é a interior, a de raio menor: envolve, como vimos, os aspetos mais recônditos da vida de certos direitos do trabalhador, aqueles que deseja guardar só para si, isolando-os da intromissão do empregador”^{504 505 506}.

Gustavo de Carvalho Chehab aponta quatro espécies de violação ao direito à privacidade: 1) a intromissão alheia ao direito à reclusão ou direito de solidão, inclusive em assuntos privados (direito de estar só); 2) a divulgação de factos embaraçosos da pessoa; 3) a publicidade que põe a vítima sob uma “falsa luz” aos olhos do público; 4) a apropriação, para vantagem alheia, do nome do indivíduo ou de sua imagem. Dessas situações, decorrem quatro estágios ou estados da privacidade: 1) o direito de estar só, com o isolamento físico da pessoa, que não deseja nenhum contato interpessoal (estado de solidão); 2) o indivíduo só revela e compartilha sua intimidade com pessoas próximas ou familiares (estado de intimidade); 3) o indivíduo não quer ser identificado na rotina do seu dia a dia (estado de anonimato); 4) a pessoa não quer revelar coisas sobre si (estado de reserva).

Semelhante aos ordenamentos jurídicos da França (*vie privée, sphère intime, domaine personnel e droit de personnalité*), da Itália (*diritto alla riservatezza e diritto a la vita privata*) e da Alemanha (*allgemeines Persönlichkeitsrecht, Gemeinssphäre e Privatsphäre*), o direito português refere-se a direito à vida privada, privacidade e direito à reserva da intimidade da vida privada, mas não conceitua o que seja vida privada, o que é questionado pela doutrina, que reclama uma definição, que sempre se apresentará complexa^{507 508}.

⁵⁰⁴ ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**, p. 323. 5.^a ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014.

⁵⁰⁵ Ao discorrer sobre o tema em comento, Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro destaca que a intimidade é a porção mais escondida que uma pessoa pode preservar da ingerência de terceiros, e até mesmo de familiares, nos aspectos pessoais de sua existência. (In RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho - **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**, p. 32. São Paulo: LTr, 2008).

⁵⁰⁶ Edson Ferreira da Silva define o direito à intimidade como aquele que “deve compreender o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspetos da nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detetável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva”. (In SILVA, Edson Ferreira da - **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988, p. 39. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998).

⁵⁰⁷ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado**: direitos (des)figurados, p. 219. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁵⁰⁸ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira admitem a dificuldade de se demarcar uma linha divisória entre o campo da vida privada e familiar (que goza de reserva intimidade) e a seara daquilo que é mais ou menos aberto à publicidade (esse com diversas teorias que objetivam fornecer o critério distintivo). Embora parte da doutrina faça distinção entre a esfera pessoal íntima (com proteção absoluta) e a esfera privada simples (que goza de proteção relativa e que pode ser flexibilizada quando haja conflito com outro interesse ou bem público), tal distinção não seria relevante para a Constituição Portuguesa. Sustentam os referidos doutrinadores que se deve extrair dos conceitos de privacidade (artigo 26.º, n.º 1, parte final) e de dignidade humana (artigo 26.º, n.º 2) um

Adota-se posição de que o direito à privacidade é uma esfera mais ampla (que engloba todas as manifestações das esferas íntima, privada e da personalidade), ao passo que a intimidade é um estágio, uma esfera, uma porção mais restrita da privacidade, a que apenas algumas pessoas têm acesso, mediante a condição expressa de livre concessão de cada pessoa humana. Assim, sem a pretensão de se esgotar o rol, os direitos à privacidade e à intimidade pressupõem as convicções, a autonomia, os hábitos, o estar só, as informações e dados alusivos à saúde psicofísica, à imagem, os dados da situação económico-financeira, os dados pessoais e genéticos, os vícios, os sentimentos, as recordações, os segredos e, também, as informações, os atos e os fatos decorrentes das relações com terceiros, sejam de amizade, profissionais, familiares, afetivas e sexuais de cada pessoa humana.

2.1.3 Teorias

Ao discorrer acerca da esfera privada do trabalhador, Paula Quintas⁵⁰⁹ sustenta que o legislador do Código do Trabalho de Portugal (artigo 16.º), “à revelia do constitucionalmente entre nós postulado”, acolheu a teoria alemã das três esferas (*Sphärentheorie*), da qual Heinrich Hubmann foi pioneiro, distinguindo a esfera individual (*Individualsphäre*) da esfera privada (*Privatsphäre*). Referida teoria distingue a esfera pública da esfera privada e da esfera íntima. Paula Quintas cita o entendimento de Henkel, que distingue três graus ou esferas concêntricas, a saber, a esfera privada em sentido estrito (*Privatsphäre*), a esfera da intimidade confidencial (*Vertrauenssphäre* ou *Vertraulichkeitssphäre*) e a esfera ou círculo do segredo (*Geheimsphäre*)⁵¹⁰.

Para Jônatas Machado, a esfera pessoal compreende as relações da pessoa no meio social em que está inserida (entre elas a profissão e o lazer); a esfera privada diz respeito à trajetória da pessoa ou à sua inserção em um contexto de maior profundidade afetiva e relacional (por exemplo, os fatos passados, a família, as convicções e as práticas religiosas e o círculo de amigos); a terceira seria uma esfera íntima, na qual estariam inseridos os sentimentos, as emoções, a existência biopsíquica e a sexualidade, as orações, as doenças, os

conceito de esfera privada de cada pessoa que seja culturalmente adequado à vida contemporânea. Assim, o âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar e de “vida privada” deve ser entendido sob três aspectos: “o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação”. (In CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada (artigos 1º ao 107º)**. Vol. I, p. 181, 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007).

⁵⁰⁹ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 216-218. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁵¹⁰ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 217. Coimbra: Almedina, 2013. (Tese de Doutoramento).

hábitos íntimos ou de higiene, a orientação e os comportamentos sexuais.⁵¹¹

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão sustenta que a teoria em tela compreende três esferas. A primeira (esfera íntima) abrange a vida familiar, a saúde, os comportamentos sexuais, as convicções políticas e religiosas, que exigem uma proteção absoluta. A segunda esfera (a privada) detém uma proteção relativa, “podendo ceder em caso de conflito com direitos e interesses superiores, e, por último, a esfera pública, onde estão inseridas situações que podem ser divulgadas, eis que são objeto de conhecimento público”.

512

Paulo Mota Pinto sustenta que parte da doutrina portuguesa, ao sofrer influência da doutrina alemã, distingue três círculos de atividade ou de proteção pessoal: a esfera íntima ou do segredo, a esfera privada e a esfera individual ou pessoal, que também abrange a vida pública do indivíduo.⁵¹³

Aduz Paula Quintas que, no contexto da teoria das três esferas, a exterior “seria a mais publicitável e a interior a que mereceria a proteção máxima”, considerando-se as sofisticções tecnológicas, bem como a atuação dos *hackers*, dos *paparazzi*, além dos meios e das técnicas legais de vigilância ocultas⁵¹⁴.

O Tribunal Constitucional da Alemanha, inspirando-se na teoria das três esferas, cuja origem foi o caso *Elfes*⁵¹⁵, durante muito tempo defendeu a relação existente entre a vida privada das pessoas e o seu desenvolvimento social, aplicando uma graduação na proteção das esferas da privacidade, em intensidade proporcional conforme houvesse agressão à esfera mais íntima. Todavia, nem a doutrina nem a jurisprudência conseguiram definir o conteúdo exato dos direitos a serem protegidos em cada uma dessas esferas, bem como quais as garantias que lhe devem ser asseguradas. A necessária ponderação dos interesses em

⁵¹¹ MACHADO, Jônatas – **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, p. 795. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, *Studia Iuridica* (Tese de Doutoramento).

⁵¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In **A Reforma do Código do Trabalho**, p. 126. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁵¹³ PINTO, Paulo Mota – **A proteção da vida privada e a Constituição**, p. 162-163. Coimbra. BFDUC. Coimbra Editora. Vol. LXXVI, 2000. ISSN 0303-9773.

⁵¹⁴ QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado**: direitos (des)figurados, p. 218. Coimbra: Almedina, 2013. (Tese de Doutoramento).

⁵¹⁵ No ano de 1953, Wilhelm Elfes solicitou a renovação de seu passaporte perante as autoridades da cidade de Mönchengladbach, o que lhe foi negado em 6 de junho daquele ano, com base na Lei sobre passaportes, de 4 de março de 1952, sem nenhuma justificação. Em 16 de janeiro de 1957, o Tribunal Constitucional acolheu o recurso de Elfes. (Sentença 1 BvR 253/56). (In SCHWABE, Jürgen - **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. [Em linha]. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, p.56-59. Tradução Marcela Anzola Gil Emilio Maus Ratz. Fundación Konrad Adenauer A.C. México, 2009. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf).

conflito a ser adotada em cada caso concreto acarretava grande dificuldade nessa definição objetiva. Outro fator que acarretou dificuldades foram os avanços tecnológicos e as consequências que geravam na privacidade das pessoas. Assim, esta teoria pouco a pouco foi sendo abandonada pelo Tribunal Constitucional^{516 517}.

A decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *Mikrozensus* foi a primeira de várias com o mesmo entendimento, a qual veio a se consolidar com a sentença proferida em 15 de dezembro de 1983, no caso alusivo à Lei do Censo (que estabelecia uma ampla revelação de dados pessoais, exigindo ao cidadão a resposta a uma série de perguntas, sob pena de sanções), a qual consagrou a construção do direito à autodeterminação informativa dentro da esfera íntima, atentando para os perigos que as inovações tecnológicas podem acarretar para o direito geral de personalidade e “reconhecendo que para a garantia deste direito não bastava somente a defesa do tipo de informação, mas também a utilização que se podia fazer da mesma”^{518 519}.

Por entender que a teoria das esferas seria insuficiente para enfrentar novas e sofisticadas formas de ataque à intimidade, tendo em vista os avanços da tecnologia, Fulgêncio Madrid Conesa⁵²⁰ criou a denominada Teoria do Mosaico. Para o jurista espanhol, existem dados irrelevantes do ponto de vista do direito à privacidade. Entretanto, estes dados,

⁵¹⁶ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 211-212. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵¹⁷ Não obstante o paulatino abandono da teoria das três esferas pela jurisprudência alemã, não há como negar sua grande influência na construção do direito à autodeterminação informativa, que integra o direito geral de personalidade, considerados produtos dessa teoria e de suas diferentes dimensões. O direito à autodeterminação informativa teve sua gênese no já citado caso *Elfes*. Em 1969, ao julgar o caso *Mikrozensus* (em que se questionou se a realização de um inquérito acerca dos destinos habituais de férias, por meio de informações obtidas dos poderes públicos, lesava a dignidade da pessoa humana) o Tribunal Constitucional, reconhecendo a existência de um direito à autodeterminação informativa – que deriva do direito geral de personalidade e que atribui a cada pessoa o direito de decidir, no exercício de sua autodeterminação, quais as informações que pretende revelar de sua própria vida –, excluiu a possibilidade de o Estado recolher dados das pessoas, registrá-los e catalogá-los de acordo com a personalidade de cada uma delas. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 212-213. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁵¹⁸ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 213-214. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵¹⁹ Em outro julgamento, realizado em 2 de março de 2006, que integrou o âmbito do “segredo de comunicações” sobre o conteúdo e o tráfego de dados pessoais, o referido Tribunal entendeu que não existem dados sem interesse e finalidade, além das possibilidades de interconexão entre eles oferecida pela tecnologia. Portanto, com base no princípio da finalidade, decidiu que, “relativamente à cessão de dados, esta não pode ocorrer para uma finalidade diferente daquela que inicialmente originou o tratamento”. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 217-218. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁵²⁰ CONESA, Fulgêncio Madrid - **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**, p. 44-45. Valência: Universidad de Valencia, 1984.

se conectados a outros (talvez também irrelevantes), podem servir para tornar a personalidade de um cidadão transparente. Esta teoria, em sentido figurado, toma a forma de um mosaico que, composto por diversas pequenas pedras, terminam por revelar uma figura (que seria a personalidade do indivíduo). Assim, para Fulgêncio Conesa, pouco importa o facto de a informação dizer respeito à privacidade, à intimidade ou ao segredo, mas sim o uso que se faz dela.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵²¹ afirmam que o sentido de reserva da vida privada obriga não apenas a reserva da informação, mas também a proteção da divulgação das informações da vida privada e familiar das pessoas, que se traduzem no direito das pessoas de impedir que estranhos tenham acesso às informações sobre a vida privada e familiar e, também, ao direito de que ninguém, se obtidas tais informações, as divulgue^{522 523}.

Também dignas de registo as pesquisas de Daniel Solove⁵²⁴, que, na primeira década deste século XXI, desenvolveu uma teoria com a qual pretende juntar elementos que ajudem a promover um marco jurídico que seja mais eficaz de proteção à privacidade e que seja capaz de enfrentar os novos desafios que põem em risco a privacidade, dentro de cada contexto, entre eles a seara das novas tecnologias da informação e de comunicações.

Segundo Isabel Victória Lucena Cid⁵²⁵, Daniel Solove afirma, em seu artigo

⁵²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada (artigos 1º ao 107º)**. Vol. I, p. 467, 4.ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁵²² QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 218. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁵²³ Entende-se que não há nenhuma colisão entre a teoria dos círculos concêntricos ou das esferas (de Heinrich Hubmann) e a teoria do mosaico (de Fulgêncio Conesa), pois a segunda se harmoniza com a evolução da jurisprudência alemã em relação à primeira e, se associadas, transformam-se em instrumento mais completo para a proteção e a tutela dos direitos à reserva da vida privada e da intimidade das pessoas. O Tribunal Constitucional alemão, ao evoluir em seu entendimento em relação à teoria das três esferas, por ocasião do julgamento do caso alusivo à Lei do Censo (em 1983), ao consagrar a existência de um direito à autodeterminação informativa, que deriva do direito geral de personalidade, reconheceu que, para a garantia do direito à intimidade, além da proteção à informação, havia também a defesa da “utilização que se podia fazer da mesma”. Em 2006, no julgamento de processo que tratava do conteúdo e do tráfego de dados pessoais, o mesmo Tribunal baseou-se no princípio da finalidade, entendendo que, quanto à cessão de dados, havia o risco da “interconexão entre eles oferecida pela tecnologia” e que tal cessão “não pode ocorrer para uma finalidade diferente daquela que inicialmente originou o tratamento”. Há assim uma simbiose, uma conexão, entre esses entendimentos jurisprudenciais e a teoria do mosaico. (In QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 218. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁵²⁴ SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privacy. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 477-560. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

⁵²⁵ CID, Isabel Victória Lucena - La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización. **Revista Internacional de Pensamiento Político** – I Época – Vol. 7, 2012. p.117-144. [Em linha]. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em <http://pensamientopolitico.org/Descargas/RIPP07117144.pdf>.

Taxonomy of Privacy e, em sua obra *Understanding Privacy*⁵²⁶, a impossibilidade de se definir a privacidade, de uma maneira satisfatória e conclusiva diante de sua essência singular. Logo, não se pode conceituar a privacidade de uma forma abstrata e universal servível a todas as circunstâncias, diante da dependência da importância social das distintas atividades que este instituto proporciona. Assim, para solucionar, em certa medida, a ambiguidade do termo privacidade, entendendo-a sob o ponto de vista plural, Daniel Solove propõe uma classificação diferenciada em quatro estruturas ou grupos básicos para melhor compreensão: 1) *Information Collection* (recompilação ou coleta de informações); 2) *Information Processing* (processamento das informações); 3) *Information Disemination* (disseminação das informações); e 4) *Invasion* (invasão)⁵²⁷.

⁵²⁶ Nessa obra, o autor destaca que a privacidade, apesar de ser um dos conceitos mais importantes do nosso tempo, é um dos mais ilusórios. Os avanços e as mudanças constantes da tecnologia tornam cada vez mais difícil precisar esse conceito, a ponto de alguns doutrinadores afirmarem a impossibilidade dessa definição. Daniel Solove afirma que nenhuma definição única pode ser viável, já que existem diversas formas de privacidade, relacionadas entre si. Sua teoria, lastreada em amplas fontes interdisciplinares, aborda as influências decorrentes das mudanças históricas e da diversidade cultural na análise da privacidade. (In SOLOVE, Daniel J. - **Understanding Privacy**. Harvard: Harvard University Press, 2009).

⁵²⁷ A seguir buscar-se-á sintetizar a teoria de Daniel Solove.

1) *Information Collection* (recompilação ou coleta de informações) – aqui estão incluídas as ações de coleta de informações que podem gerar um dano ao titular da informação coletada. Existem dois tipos de coleta que podem gerar um impacto negativo à privacidade: a vigilância (*surveillance*) e a interrogação (*interrogation*). Em princípio, a vigilância não deveria ser motivo de preocupação para nada. Entretanto, o aumento da vigilância em diversas situações, inclusive no local de trabalho, colide com o direito à privacidade. A vigilância excessiva não apenas incomoda, mas também altera o comportamento das pessoas, fazendo com que elas se inibam, ajam falsamente e deixem de ser espontâneas. A interrogação consiste no método de se pressionar os indivíduos para que revelem informações e, mesmo que seja um mecanismo útil para se obterem informações, contraria o direito se essa interrogação é feita mediante coação. O risco da coerção é a possibilidade de manipulação do coagido para que a informação prestada seja distorcida, da forma mais conveniente ao coator (p. 491-504).

2) *Information Processing* (processamento das informações) – essa categoria trata das atividades alusivas ao processamento das informações coletadas, nela são identificadas cinco formas de tratamento das informações:

a) agregação (*aggregation*) – consiste na formação do perfil de uma pessoa pela agregação ou triangulação de dados obtidos, que, quando analisados e filtrados, podem revelar novos dados sobre aquela pessoa. Solove entende a agregação como uma ameaça à intimidade, haja vista que pode alterar a expectativa das pessoas;

b) identificação (*identification*) – consiste em associar dados ou informação com uma pessoa em particular, para verificar sua identidade. Em algumas ocasiões, isso é benéfico e necessário para identificar as pessoas, de forma que cada um assuma a responsabilidade pelos seus atos. Todavia, há de se levar em conta que subtrai das pessoas a possibilidade de anonimato e faz com que o Estado tenha o poder e o controle sobre os indivíduos;

c) insegurança (*insecurity*) – aqui se incluem os delitos na informática, entre eles o furto da identidade, um dos delitos mais comuns na atualidade. A insegurança na *internet* é um problema causado pela maneira ilícita como os dados são manejados e protegidos. Incluem-se também as lacunas e os erros dos sistemas de informática que expõem os usuários a situações de vulnerabilidade;

d) uso secundário (*secondary use*) ou desvio de finalidade – é a utilização dos dados compilados para finalidade diversa daquela pela qual os dados foram fornecidos pelo titular. Certamente esses dados não seriam fornecidos se o titular tivesse conhecimento do desvio de finalidade deles, o que gera nas pessoas um sentimento de incerteza, impotência e vulnerabilidade;

e) exclusão (*exclusion*) – consiste em impedir que a pessoa participe e mantenha o uso de sua própria informação. A exclusão consiste em uma feição bastante problemática em um mundo em que cada vez é mais frequente tomar decisões sobre as pessoas com base em suas informações pessoais (p. 504-523).

3) *Information Disemination* (disseminação das informações) – esse é um dos grupos mais amplos da classificação proposta por Daniel Solove e faz parte do mesmo problema com a revelação de informações pessoais ou a ameaça de revelação delas, subdividindo-se em:

Observa-se, do corpo do artigo de Daniel Solove (*A Taxonomy of Privacy*) e das considerações expostas na conclusão, o objetivo de apresentar uma explicação mais clara e robusta acerca da privacidade, em atendimento às atuais necessidades sociais, considerando que a tese desenvolvida por William Prosser, em 1960, estaria desatualizada e seria por demais estreita. Solove procurou demonstrar que as ruturas da privacidade embora sejam diferentes (eis que não possuem o mesmo denominador comum) compartilham semelhanças importantes, o que permite ver a privacidade de uma forma multidimensional. Apesar disso, ainda há uma zona cinzenta, decorrente da fragmentação e da inconsistência legal, que merece ser explorada. Esta zona cinzenta requer dos estudiosos da matéria um cuidado maior, haja vista que a privacidade bem como os interesses que lhe são contrários não são valores absolutos, exigindo cuidadoso equilíbrio nessa discussão. A confusão conceitual leva ao não reconhecimento desses problemas, bem como das respectivas soluções. Com isso não se quer

a) quebra da promessa de confidencialidade (*Breach of confidentiality*) – quando as pessoas estabelecem uma relação com um banco, um provedor de *internet* ou uma companhia telefônica, elas o fazem com a expectativa de que as informações fornecidas sejam confidenciais, embora em algumas ocasiões devam ser reveladas se o bem comum assim o exigir. Em outros casos, certos profissionais, como médicos e advogados, têm o dever de confidencialidade, de tal forma que a proteção legal à confidencialidade ajuda a promover certas relações baseadas na confiança;

b) divulgação (*disclosure*) – a divulgação mostra-se como uma ameaça à segurança das pessoas, pois revela informações que podem ser utilizadas para causar danos físicos, morais ou econômicos. Por outro lado, restringir a divulgação pode atentar contra a liberdade de expressão. Fato é que tanto a restrição da divulgação quanto a liberdade de expressão tratam do mesmo interesse, ou seja, da liberdade individual;

c) exposição (*exposure*) – a exposição consiste em exibir a terceiros atributos físicos, psíquicos e emocionais. A diferença entre a exposição e a divulgação é que a primeira revela informações sobre o corpo e a saúde e a divulgação possui um leque maior de dados relacionados com a reputação das pessoas;

d) acessibilidade incrementada (*Increased accessibility*) – incrementar a acessibilidade à informação possui o benefício de que as informações sejam encontradas com maior facilidade, mas, por outro lado, gera o risco de utilização e exploração dos dados para finalidades diversas daquelas para as quais os dados foram oferecidos;

e) chantagem (*Blackmail*) – consiste em demonstração de poder e de controle sobre outra pessoa, mediante a exigência de uma certa quantidade de dinheiro para que não seja divulgada uma informação de natureza escandalosa, que poderia afetar a reputação do chantageado ou de sua família;

f) apropriação (*Appropriation*) – é o uso da identidade ou da imagem de um indivíduo para os propósitos de outro. É a utilização da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para promover um produto que se assemelha àquele em que essa pessoa promove e a ele é vinculada, atentando contra a sua liberdade e o seu desenvolvimento individual. Segundo Daniel Solove, seria mais adequado utilizar a expressão exploração, todavia continua utilizando o termo apropriação, que é mais adequado ao sentido de propriedade;

g) distorção ou difamação (*Distortion*) – essa condição não afeta apenas os indivíduos, mas também a sociedade, pois pode causar danos à imagem de um país, de um governo e de um povo (p. 523-548).

4) *Invasion* (invasão) – consiste na intromissão (*Intrusion*) e na interferência nas decisões (*Decisional interference*). Entende-se por intromissão qualquer ato que atente contra o direito de as pessoas serem deixadas em paz. Como exemplo, citam-se o lixo eletrônico e o *spam*, que, mesmo aparentemente inofensivos, acarretam desconforto e são nocivos. A interferência nas decisões se caracteriza pela intromissão do Estado nas decisões privadas dos indivíduos e está relacionada com a noção de autonomia. Entre essas interferências, aponta-se a proibição estatal do uso de anticoncepcionais e de manter relações sexuais com pessoas do mesmo gênero (p. 548-553). (In SOLOVE, Daniel J. - *A Taxonomy of Privacy*. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 491-504; 504-523; 523-548; 548-553. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf); CID, Isabel Victória Lucena - La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización. **Revista Internacional de Pensamiento Político** – I Época – Vol. 7, 2012. p. 138-142. [Em linha]. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em <http://pensamientopolitico.org/Descargas/RIPP07117144.pdf>.

dizer que a privacidade deva sempre prevalecer, mas não deve ser descartada porque é ignorada ou mal interpretada^{528 529}.

Uma armadilha comum é ver a "privacidade" como um tipo particular de dano excluindo todos os outros. Conforme descrito no corpo do artigo, os tribunais geralmente não têm interesse em privacidade se a informação estiver no domínio público, se as pessoas forem monitoradas em público, se as informações forem coletadas em um local público, se nenhum detalhe íntimo ou embaraçoso for revelado ou se não houver novos dados coletados sobre uma pessoa. Se os tribunais e os legisladores se concentrassem nos problemas de privacidade, muitas dessas distinções e fatores determinantes importariam muito menos na análise. Assim, ao analisar as questões de vigilância, os tribunais concentram-se em verificar se a vigilância ocorre em público ou em privado, apesar de problemas e danos poderem surgir em todos os contextos. A agregação cria problemas mesmo quando todos os dados já estão disponíveis no domínio público. O mesmo acontece com o aumento da acessibilidade. Para divulgação, o sigilo das informações torna-se um fator central; esta abordagem muitas vezes perde o cerne do dano à divulgação, que não é a revelação de segredos totais, mas a disseminação de informações além dos limites esperados. Nas análises de intromissão, os tribunais muitas vezes não reconhecem os danos quando as pessoas são invadidas em locais públicos, mas a natureza do dano não se limita apenas a lugares privados^{530 531}.

⁵²⁸ SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 558. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

⁵²⁹ Afirma Daniel Solove: “[...] quando tipificada no sistema legal, a privacidade é uma forma de proteção contra certas atividades prejudiciais ou problemáticas. E essas não são necessariamente indesejáveis socialmente ou merecedoras de sanção ou proibição. Esse fato é o que torna o endereçamento de questões de privacidade tão complexo. Em muitos casos, não há um malfeitor bem definido, nenhum vilão indiscutível cujas atividades carecem de valor social. Em vez disso, muitos problemas de privacidade surgem como resultado de atividades eficazes, assim como a poluição é uma consequência da produção industrial”. (Tradução livre do autor.)

(In SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 559. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

⁵³⁰ SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 559. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

⁵³¹ Em outras ocasiões, prossegue Solove, o problema de privacidade em questão é mal interpretado. Por exemplo, a identificação é entendida como um dano criado pela revelação de um nome, mas a essência do problema está sendo vinculada a um fluxo de dados, não apenas a um nome. A insegurança geralmente não é tratada adequadamente pela lei porque ainda não ocorreu um dano materializado. Mas a insegurança continua sendo um problema, mesmo em situações em que não houve divulgação ou vazamento de detalhes embaraçosos. A apropriação é entendida primariamente como um dano aos interesses da propriedade, e suas dimensões dignitárias são frequentemente ignoradas pelos tribunais. Para complicar ainda mais, os problemas de privacidade são inconsistentemente reconhecidos em diferentes áreas da lei. Por exemplo, a lei do delito reconhece e corrige a quebra de confidencialidade, ainda que a Quarta Emenda da Lei a ignore como um dano. (In SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 559-560. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf))

Tribunais e legislaturas respondem bem a problemas mais tradicionais de privacidade, como intromissões de natureza física, revelações de segredos profundos ou distorção. Isso se deve, em parte, ao facto de que esses problemas acompanham as concepções tradicionais de privacidade. No paradigma do sigilo, uma violação de privacidade é entendida como a descoberta do mundo oculto de uma pessoa. Intromissões físicas são problemas que até pessoas da antiguidade podiam experimentar e entender. Mas alguns dos problemas de privacidade que enfrentamos hoje são de natureza diferente e não acompanham as concepções tradicionais de privacidade. Eles envolvem esforços para obter conhecimento sobre um indivíduo sem fisicamente invadir ou mesmo coletar dados diretamente deles (agregação), ou problemas que emergem da maneira como os dados são manipulados e mantidos (insegurança), como são usados (uso secundário) e a incapacidade das pessoas em participar do seu processamento (exclusão). Os problemas modernos de privacidade surgem não apenas da revelação de segredos profundos, mas de tornar a informação obscura mais acessível (maior acessibilidade) ou da observação consistente ou escutas (vigilância)⁵³².

A taxonomia estabelece uma estrutura para compreender a gama de problemas de privacidade, as semelhanças e as diferenças entre eles, as relações entre eles e o que os torna problemáticos. Ao focar atividades, a taxonomia também procura enfatizar como surgem os problemas de privacidade. Muitas vezes, a tecnologia está envolvida em vários problemas de privacidade, pois facilita a coleta, o processamento e a disseminação de informações. Os problemas de privacidade, no entanto, são causados não apenas pela tecnologia, mas pelas atividades de pessoas, empresas e governo. O caminho para resolver problemas de privacidade é regular essas atividades. Com uma estrutura para identificar e compreender os problemas de privacidade, os tribunais e os formuladores de políticas podem equilibrar melhor as considerações de privacidade em relação aos interesses compensatórios. O autor conclui asseverando que seu artigo é, portanto, o começo do que ele entende ser uma compreensão mais abrangente e coerente da privacidade⁵³³.

2.2 Proteção Jurídica da privacidade

⁵³² SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 560. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

⁵³³ SOLOVE, Daniel J. - A Taxonomy of Privace. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 560. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

Ao analisar o pensamento de Hannah Arendt a respeito da tutela da intimidade, Celso Lafer⁵³⁴ aduz que, para a referida doutrinadora, o público é o comum e, portanto, deve ser visível. Entretanto, para o privado, que diz respeito ao indivíduo em sua singularidade, aplica-se o princípio da exclusividade, condição necessária para legitimar a tutela da privacidade. É na perspectiva do público que Hannah Arendt examina a intimidade e a privacidade. Assim, a defesa da intimidade também se coloca como necessidade para a defesa da esfera pública, ou seja, não se deve publicizar o que é íntimo (cuja transparência deve ficar adstrita ao reservado), e, por outro lado, a privatização do público pelo social não é adequada, prejudicando a proposta de reconstrução do político, necessária, para se evitar um novo “estado totalitário de natureza”.

2.2.1 Direito Internacional

O primeiro normativo internacional a tratar da proteção jurídica da privacidade foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em 2 de maio de 1948 (sete meses antes da DUDH). Seu artigo 5.º dispõe: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar”.

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). Referida norma dispõe, em seu artigo 12: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”⁵³⁵.

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 17, n.º 1) e, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 11, n.ºs 2 e 3) estabeleceram vedação de “ingerências arbitrárias e abusivas” na vida pessoal e familiar das pessoas e a proteção da lei contra as referidas ingerências e ofensas.

A DUDH, o PIDCP e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 16 de dezembro de 1966, formam o que se denominou “Carta

⁵³⁴ LAFER, Celso Lafer - **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 271. São Paulo: Companhia das Letras, 1988..

⁵³⁵ Embora o citado dispositivo seja de pouca precisão para tutelar o direito à intimidade, a DUDH serviu de inspiração para outros normativos internacionais sobre o tema, entre eles a Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em Roma em 4 de dezembro de 1950, no artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) dispõe: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Internacional de Direitos”, e, embora a DUDH não seja legalmente obrigatória, o PIDCP é um tratado internacional de cumprimento obrigatório para os países que o subscreveram, devendo ser inserido no ordenamento jurídico de cada Estado⁵³⁶.

O desenvolvimento tecnológico ocorrido após a edição dos normativos retro citados suscitaram novas questões no que diz respeito à temática em exame. Assim, em maio de 1968, as Nações Unidas, por ocasião da realização da Conferência Internacional dos Direitos do Homem, realizada em Teerã, aprovaram resolução que pode ser resumida em dois pontos básicos: o primeiro, alusivo ao respeito da privacidade perante as técnicas de registo e o segundo, relativo às utilizações da eletrônica, que têm o potencial de afetar o direito das pessoas, bem como os limites de sua utilização nas sociedades democráticas. Os riscos à privacidade das pessoas, em decorrência de ficheiros eletrônicos, levou as Nações Unidas a aprovarem, em 14 de dezembro de 1990, a Resolução n.º 45/1995, que consagra os princípios básicos alusivos a esses ficheiros, entre eles o da lealdade, o da exatidão, o da finalidade, o do acesso (para permitir a correção de dados inexatos) e o da não discriminação^{537 538}.

No que diz respeito às questões laborais, Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro⁵³⁹ sustenta que o Código de Conduta da Organização Internacional do Trabalho sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, de 1997, fruto de reunião de seus Peritos, realizada em Genebra, de 1.º a 7/10/1996, estabeleceu diversos princípios sobre o tema, entre eles, destaca-se o n.º 1 do item 6.14, que assegura que os trabalhadores, se “forem monitorizados, deverão ser informados com antecedência dos motivos da monitorização, do calendário, do método e das técnicas usadas, bem como dos dados a coligir, devendo o empregador minimizar a intrusão na privacidade dos trabalhadores”.

⁵³⁶ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 127. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵³⁷ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 128-129. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵³⁸ Segundo Teresa Alexandra Coelho Moreira, dois outros normativos internacionais importantes acerca do desenvolvimento das orientações relativas à proteção da privacidade, em face do desenvolvimento de novas tecnologias, merecem destaque: a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Dados Pessoais Automatizados, de 28 de janeiro de 1981, e as Linhas Directrizes Regulamentadoras da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais, de 23 de setembro de 1980. Decorridos quase trinta anos de vigência desses documentos, cujas diretrizes se aplicam à proteção de dados na *Internet*, a OCDE reafirmou esses compromissos, editando, em 8 de dezembro de 1998, uma Declaração relativa à proteção da privacidade nas redes mundiais, em que os Estados se comprometeram a reafirmar os compromissos aceites em matéria de privacidade. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 129-133. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁵³⁹ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho - **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**, p. 145. São Paulo: LTr, 2008.

2.2.2 Direito Comparado

2.2.2.1 Proteção da privacidade nas Américas

A proteção à privacidade nos Estados Unidos da América possui a sua raiz na ideia de liberdade individual, um dos princípios (além da democracia, da educação e da liberdade de imprensa) da ideologia política americana, fundamental ao seu ordenamento jurídico. A conceção de privacidade nos EUA começou a ser desenhada no final do século XIX, com a decisão do Juiz Thomas Cooley, que consagrou, embora a questão de fundo tratasse de segurança pessoal, a expressão *the right to be let alone* (direito ao esquecimento ou direito de ser deixado em paz). Este direito foi o primeiro passo para um reconhecimento jurídico do direito à privacidade, o que só viria a acontecer doutrinariamente em 1890, por meio do já citado artigo de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis. A novidade trazida nessa obra foi a criação de um corpo teórico que alterou as bases jurídicas sobre as quais vinham se alicerçando alguns direitos de personalidade, mais precisamente a migração de uma tutela baseada na propriedade privada, para uma esfera imaterial, cujo fundamento era a dignidade e a inviolabilidade da pessoa humana, no sentido de que a lei deve proteger a privacidade dos indivíduos, para assegurar-lhes o direito de determinar a extensão da publicidade ou não de sua vida privada, dos seus sentimentos, pensamentos, emoções, sensações e de suas preferências^{540 541}. Neste contexto, apesar de o direito à privacidade não ser expressamente reconhecido na Constituição dos Estados Unidos da América, isso não impediu este direito de ganhar dignidade constitucional⁵⁴².

⁵⁴⁰ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 135-141. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁴¹ A teoria de Warren e Brandeis, apesar de ponto de partida para a questão fundamental da privacidade, não foi unanimemente aceita e provocou uma série de debates doutrinários, entre eles a posição de William Prosser, para quem a privacidade não se constituía em um direito único, mas se originava de uma composição de interesses oriundos e relacionados com a reputação, a tranquilidade emocional e a propriedade, que, embora tivessem um elemento comum (o direito a ser deixado em paz), sustentava-se em quatro categorias: a intrusão na solidão, no retiro e nos assuntos privados das pessoas; a difusão pública dos fatos privados de alguém; a informação ou publicização de uma falsa imagem de alguém e a apropriação em benefício próprio da imagem ou nome alheios. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 142-143. Coimbra: Edições Almedina S.A.).

⁵⁴² Em 1965, a Suprema Corte americana, ao julgar o caso *Grisworld v. Connecticut*, reconheceu o poder de se deduzir da Constituição um direito constitucional à garantia dos direitos individuais, inclusive o direito à privacidade (*right to privacy*) nela implicitamente contido. Além dessa decisão e de outras (*Loving v. Virginia*, de 1967, que afastou o Estatuto da Virgínia que impedia o casamento entre pessoas de raças diferentes; *Stanley v. Geórgia*, de 1969, que admitiu a possibilidade de que as pessoas mantivessem “material obsceno” em casa; *Eisentadt v. Baird*, de 1972, que permitiu a distribuição de meios contraceptivos), destaca-se uma decisão, no ano de 1973, em que a noção de privacidade contemplou dois aspetos principais, o segredo da vida privada (integrado na noção de *right to be let alone*) e a liberdade da vida privada, aqui incluída a possibilidade de que o

Nos Estados Unidos da América, ocorrem mais casos de violação à privacidade do que em qualquer outro ordenamento jurídico. Conforme já destacado, a Constituição Americana não prevê textualmente um direito à privacidade. Entretanto, a jurisprudência constitucional, interpretando várias emendas à Constituição (entre elas a 1.^a, que consagra o direito de associação e as liberdades de expressão, religiosa e ideológica; a 2.^a, que proíbe a intrusão de militares nas casas, em época de paz; a 4.^a, que proíbe revistas em pessoas que sejam desnecessárias e irrazoáveis e o segredo da vida privada; e a 5.^a, que protege os cidadãos da autoincriminação), tem criado direitos não escritos, o que vem se constituindo em um direito constitucional à vida privada. Outro aspeto que tem merecido a atenção da jurisprudência da Suprema Corte, diz respeito ao controle, à acumulação ou à divulgação de dados pessoais (como exemplo, citam-se os casos: *California Bankers Association v. Schultz*, de 1974; *Thorburgh v. American College of Obstreticians and Gynecologists* e *Plannes Parenthood v. Casey*, de 1992)⁵⁴³.

Registre-se também nos EUA, além da importante construção jurisprudencial, a promulgação, em 1974 do *Privacy Act*, que em nível federal, protege as informações pessoais, privadas e íntimas contra os atos da administração pública.

Entretanto, o crescente avanço das ampliativas garantias à privacidade sofreu uma considerável redução com os episódios ocorridos em 11 de setembro de 2001, que culminaram com atentados terroristas que ceifaram milhares de vidas com a explosão das torres gêmeas (*World Trade Center*), em Nova Iorque, e que levaram à criação do *USA Patriot Act*, que se constituiu em uma série de alterações da legislação americana com o objetivo de expandir os poderes do Estado para vigiar, investigar e deter suspeitos de serem terroristas, permitindo, entre outras medidas, a intercetação de comunicações privadas (telefônicas e eletrônicas), investigação de dados bancários e de cartões de crédito⁵⁴⁴.

Quanto à proteção do direito à privacidade no Canadá, o reconhecimento desse direito ocorreu em período posterior aos EUA. O Canadá não possui uma Constituição escrita. A Lei Britânica de 1867 (*Acte de l'Amérique du Nord britannique*), que à época estruturou o país em quatro províncias, em 1982, foi “repatriada” para o Canadá e editada a *Charte*

ser humano venha a efetuar suas próprias escolhas. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 148-149. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁵⁴³ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 150-152; 154. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁴⁴ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 156. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

canadienne des droits et libertés ou Ato de Constituição de 1982. Tal Carta não possui uma referência expressa ao direito à privacidade. Entretanto, o item 8 da aludida Carta aduz: “Toda pessoa tem o direito de estar segura contra busca ou apreensão irracional”. A Suprema Corte do Canadá, em reiteradas decisões, tem entendido que o item 8 da *Charte canadienne des droits et libertés* contempla a proteção ao direito de privacidade. Com esta percepção, pronunciou-se nos casos *Hunter v. Southam*, de 1984, no qual falou em “expectativa razoável de privacidade” e também em *R. V Diment*, de 1988, ao entender que “cada um tem direito à proteção contra revistas e buscas abusivas”, para firmar a importância da privacidade nas sociedades democráticas^{545 546}.

O Código Civil da Argentina⁵⁴⁷, ao tratar dos direitos e atos personalíssimos, consagra, no artigo 51, a inviolabilidade da pessoa humana e assegura, em qualquer circunstância, o direito ao reconhecimento e o respeito de sua dignidade. O artigo 52, ao tratar da afronta à dignidade, afirma que a pessoa humana que sofrer lesão à sua intimidade pessoal e familiar, bem como à sua honra ou reputação, imagem ou identidade, a qual, de qualquer modo, resulte em menosprezo à sua dignidade pessoal pode reclamar a prevenção ou a reparação dos danos sofridos. O artigo 1770 impõe a obrigação de todos de não se intrometer na vida alheia, bem como de não publicar fotos, difundir correspondências, incomodar aos outros em seus costumes e sentimentos, ou perturbar de qualquer modo a intimidade, devendo-se obrigar o infrator a cessar tais atos e, se não o fizer, deverá pagar indenização a ser fixada pelo juiz, de acordo com as circunstâncias.

No Peru, o artigo 5.º do Código Civil dispõe que os direitos fundamentais, entre eles o direito à privacidade e à intimidade, são irrenunciáveis. O artigo 14.º consagra o direito à intimidade pessoal e familiar, destacando que tais direitos não podem ser revelados sem o consentimento da pessoa ou de seus descendentes, se morta. Também estão protegidos

⁵⁴⁵ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 158-161. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁴⁶ Em dezembro de 2017, a Suprema Corte do Canadá proferiu duas relevantes decisões alusivas ao direito à privacidade. Ambos os casos versavam sobre a expectativa de privacidade de mensagens de textos, trocadas entre acusados em processos criminais e terceiros. A Justiça canadense avaliou se seria possível ou não a utilização dessas mensagens como prova de acusação, embora obtidas sem a autorização do devido mandado judicial. A Suprema Corte entendeu que a utilização dessas mensagens como provas para fins de acusação se constituía em violação ao mencionado artigo 8.º da *Charte canadienne des droits et libertés*, que protege os cidadãos contra buscas e apreensões irrazoáveis. Na oportunidade, a Suprema Corte teceu importantes considerações acerca da privacidade que envolve a troca de mensagens de texto, além de considerar que as informações contidas em tais mensagens, independentemente do local em que se encontram armazenadas, gozam de proteção à privacidade, e só podem ser acessadas mediante autorização judicial. (In AB2L – Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs. **A privacidade de mensagens de texto sob a ótica da Suprema Corte do Canadá**. [Em linha]. [Consult. 9 Ago. 2018]. Disponível em <https://www.ab2l.org.br/privacidade-de-mensagens-de-texto-sob-otica-da-suprema-corte-do-canada/>.)

⁵⁴⁷ Anexo I. Legislação. Argentina. Código Civil.

os direitos à imagem e à voz (artigo 15.º) e o direito ao sigilo das comunicações de qualquer género e à não publicação da memória das pessoas, salvo consentimento (artigo 16.º)⁵⁴⁸.

2.2.2.2 Proteção da privacidade no contexto europeu e a jurisprudência do TEDH

Os Estados Unidos da América já enfrentavam a temática do direito à privacidade desde o século XIX, o que só veio a ocorrer na Europa Continental, inicialmente na Suécia, no primeiro quartel do século XX, e, nos demais países europeus, começou a se desenvolver após a II Guerra Mundial, e não mais parou de se intensificar. A noção de privacidade não possui um valor universal, diante dos diferentes contextos dos diversos povos. Tanto assim que na Europa a trajetória da doutrina tem origem relacionada com os direitos de personalidade, na esfera do direito privado, e, nos Estados Unidos da América, esses valores estão vinculados ao conceito de liberdade, derivando-se do conceito de propriedade⁵⁴⁹.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) (assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, e adotada por Portugal em 22/9/1976), em seus artigos 6.º e 8.º, estabeleceu limitação ao poder do Estado, que não poderá interferir na vida privada das pessoas, a menos que esta ingerência seja autorizada por lei e esteja pautada em casos de extrema necessidade. A CEDH foi o primeiro texto normativo europeu que consagrou o direito à privacidade e, também, o primeiro documento internacional, dotado da obrigatoriedade de cumprimento, própria aos tratados internacionais, pois a DUDH (de 1948) não possui efeito vinculativo^{550 551}.

⁵⁴⁸ Anexo I. Legislação. Perú. Código Civil.

⁵⁴⁹ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 162;135. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁵⁰ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 166. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁵¹ Com o objetivo de proteger e tutelar a disposição emanada no artigo 8.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”), no que diz respeito à proteção da privacidade em razão das novas descobertas científicas e do desenvolvimento tecnológico, foram editadas a Recomendação n.º 509, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (1968), e as Resoluções n.ºs (73) 22 e (74) 29, de 1973, editadas pelo Comitê de Ministros, destinadas à proteção da vida privada de pessoas singulares perante os bancos de dados eletrónicos dos setores privado e público. Em janeiro de 1981, o Conselho da Europa aprovou a Convenção n.º 108, que, ao contrário dos documentos anteriores, possui força vinculante, tornando-se o “primeiro documento internacional destinado a garantir o direito à liberdade informática ou direito à autodeterminação informacional”. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 169-173. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), do mês de dezembro de 2000, além de destacar, em seu artigo 1.º, o respeito à dignidade do ser humano, dispõe também, em seus artigos 7.º e 8.º, acerca do respeito de que toda a pessoa é merecedora em sua vida privada e familiar, em seu domicílio e em suas comunicações, bem como sobre a proteção dos dados pessoais que lhe digam respeito.

Em 1995, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram a Directiva n.º 95/46/CE que trata da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Em 2001, o Grupo de Protecção de Dados, a que aduz o artigo 29 da referida Directiva, editou a Recomendação n.º 1, relativa aos dados de avaliação dos trabalhadores, entendendo que “[...] dados pessoais significam qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, como, por exemplo, dados relacionados com a sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. Portanto, prossegue a indicada Recomendação, os dados pessoais não são apenas os que se referem a registo da população, “informações resultantes de fatores objetivos que podem ser verificados ou retificados, mas também quaisquer outros elementos, informações ou circunstâncias com um conteúdo que possa aumentar o conhecimento sobre uma pessoa identificada ou identificável”.

Em 12/7/2002, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, reportando-se à Directiva n.º 95/46/CE, editaram a Directiva n.º 58, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas.

Em 27 de abril de 2016, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram o Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, o qual revoga a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados), publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 4/5/2016 e aplicável a partir de 25 de maio de 2018 (artigo 99.º, n.º 2). Ao tratar das definições, do que se entende por “dados pessoais”, o artigo 4.º, n.º 1, parte final, aduziu que dados pessoais são aqueles que permitem a identificação de uma pessoa singular, entre outras possibilidades, por elementos específicos da sua identidade genética. O artigo 4.º, n.º 13, definiu “dados genéticos” como:

[...] os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa.

Por oportuno, destaca-se que a revogada Directiva n.º 94/46/CE, de 2002, no artigo 2.º, alínea a, não contemplava esta possibilidade.

Na Europa, a proteção à privacidade e à intimidade foi agasalhada em diversos ordenamentos jurídicos. Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (artigo 1), consagrou a dignidade humana como direito inatingível que deve ser respeitado e protegido por todo o poder público. Dessa premissa maior, emanam os demais direitos fundamentais, entre eles, os que se referem à privacidade e à intimidade consagrados nos artigos 10 e 13. O artigo 10 trata do sigilo da correspondência, da comunicação postal e das telecomunicações; e o artigo 13, da inviolabilidade de domicílio.

Na Espanha, este direito fundamental só veio a ser consagrado com a Constituição de 1978, em seu artigo 18, que também assegurou a proteção à honra, à imagem, ao sigilo das comunicações e a limitação do uso da informática, em prol da proteção à intimidade⁵⁵².

No ordenamento jurídico constitucional da França, não existe nenhuma norma que trate da proteção à privacidade e à intimidade. Todavia, a jurisprudência levou o legislador a inserir esta proteção no artigo 9.º do Código Civil Francês, por meio da Lei n.º 70-673, de 17 de julho de 1970⁵⁵³. Referido dispositivo assegura que cada pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada. E os juízes podem, independentemente da reparação pelo dano sofrido, adotar todas as medidas para assegurar este direito, tais como o sequestro, o embargo e outras, próprias para impedir ou cessar um ataque a intimidade da vida privada. Também, em caso de necessidade, tais medidas podem ser ordenadas por procedimento de urgência⁵⁵⁴.

No Reino Unido, não há Constituição escrita, tampouco havia legislação específica acerca da tutela da privacidade, o que ocorria na análise de casos singulares. O Parlamento e os Tribunais não tinham esta preocupação, à exceção de legislação sobre a proteção de dados e a intercetção de comunicações, em face de pressões internacionais. A partir do ano de 2000, esta situação vem se modificando com a edição de novas leis,

⁵⁵² Anexo I. Legislação. Espanha. Constituição de 1978.

⁵⁵³ Anexo I. Legislação. França. Código Civil.

⁵⁵⁴ O Tribunal Constitucional francês, em algumas decisões (entre elas o acórdão 76-75, de 12 de janeiro de 1977, sobre revista de veículos e a decisão proferida em 18 de janeiro de 1995, sobre videovigilância), considerou o respeito pela vida privada como um direito com valor constitucional, com fundamento no citado artigo 9.º do Código Civil, e, por ser um direito do homem, conforme dispõem os artigos 12.º da DUDH, 8.º da CEDH e 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 241. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

principalmente do *Human Rights Act 1998*, que entrou em vigor no dia 2 de outubro de 2000 e converteu a CEDH em fonte de princípios fundamentais a serem observados no ordenamento jurídico inglês. O *Data Protection Act*, de 1998, transpôs a Directiva 95/46/CE para o ordenamento jurídico inglês e, embora trate do controle da *internet e de e-mail* pelo empregador e traga importantes limitações no processamento de dados pessoais pelos entes públicos e privados, não faz qualquer menção à privacidade como um direito fundamental. Da mesma forma, o *Regulation of Investigatory Powers Act*, de 2000, que trata da interceptação de comunicações e fixa um princípio que as entende ilegais se não houver consentimento de ambos os interlocutores. A questão da inviolabilidade de domicílio também é enfocada de maneira tímida e incompleta⁵⁵⁵.

Embora a Constituição Italiana não contemple explicitamente a proteção à vida privada e à intimidade, referida tutela pode ser extraída como um direito constitucional, ao se proceder à análise sistêmica de diversos dispositivos constitucionais e da evolução da jurisprudência.

Da análise da garantia dos “direitos invioláveis do homem” (artigo 2), da “igual dignidade social” de todos os cidadãos (artigo 3), da proibição de que a lei viole “os limites impostos pelo respeito à pessoa humana” (artigo 32) e, até mesmo, ao se aduzir que a iniciativa econômica privada é livre, mas não pode se desenvolver “em contraste com a utilidade social, ou de forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana”, infere-se, de forma implícita, o direito à dignidade e à intimidade da vida privada⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 247-251. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁵⁶ O denominado *diritto alla riservatezza*, consagrado na doutrina e na jurisprudência, encontra fundamento no mencionado artigo 2 da Constituição, ao assegurar os “direitos invioláveis do homem” e, entre esses direitos, o tribunal constitucional italiano tem entendido “os direitos do próprio decoro, da responsabilidade própria, da *riservatezza*, da intimidade e da reputação”. Há também clara vinculação desse direito com a inviolabilidade do domicílio (artigo 14), a liberdade e o sigilo da correspondência (artigo 15) e a liberdade de pensamento (artigo 21). O reconhecimento jurisprudencial de que o artigo 2 seria o fundamento para a proteção da vida privada deu-se quando o Supremo Tribunal julgou o caso *Petacci v. Palazzi e Tofanelli*, em abril de 1963. A consolidação dessa jurisprudência, que deu origem a diversos outros julgamentos, ocorreu em maio de 1975, quando o Tribunal julgou o caso *Soraya Esfandiari v. Rusconi* (publicação de fotos da princesa Soraya, ex-mulher do Xá da Pérsia, em sua casa, em companhia de um desconhecido). Em 31 de dezembro de 1996, foi editada a Lei n.º 675, reconhecendo o direito positivo italiano, formalmente, o direito à privacidade como direito fundamental do indivíduo. Em 2003, por meio do DL 196/2003 (com vigência a partir de 1.º de janeiro de 2004), o *Codice sulla privacy*, passou a regular a proteção dos dados pessoais, incorporando-se à Lei 675/1996. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 253-261. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

No que diz respeito à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), referida Corte, com sede em Estrasburgo (França), é um órgão destinado a garantir a CEDH, e tem como objetivo assegurar os direitos reconhecidos na referida Convenção e interpretá-la adequadamente. Assim, no particular, compete ao TEDH zelar para que os países integrantes da Comunidade Europeia observem o cumprimento do artigo 8.º da CEDH, que reconhece a toda a pessoa “o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e de sua correspondência”.

A noção de vida privada e familiar, na jurisprudência do TEDH, é muito aberta e contempla uma ampla gama de manifestações que visem o desenvolvimento da personalidade, sem ingerências externas, “tanto no plano subjetivo da identidade individual, como no contexto reduzido do âmbito familiar e no plano das relações sociais e do uso dos dados pessoais”, incluindo-se nesse rol, também, as atividades profissionais e comerciais⁵⁵⁷
558.

No amplo rol de proteção à vida privada das pessoas, para atender às inovações produzidas pelas novas tecnologias de informação e comunicação, o TEDH incluiu também a proteção contra o uso indevido dos dados pessoais, adotando o conceito da Convenção n.º 108 sobre a proteção de dados pessoais, segundo a qual se entende por dados pessoais “toda a informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável”⁵⁵⁹, certamente aqui se incluindo os dados dos trabalhadores, inclusive os dados genéticos, agora explicitamente consagrados como dados pessoais, consoante o disposto no artigo 4.º, n.ºs 1 (parte final) e 13 do Regulamento (UE) 2016/679, que revogou a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 4/5/2016 e aplicável a partir de 25 de maio de 2018 (artigo 99.º, n.º 2).

⁵⁵⁷ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 175-179. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁵⁸ A metodologia utilizada pelo TEDH para o controle do cumprimento, pelos Estados membros da Comunidade Europeia, das garantias de privacidade estabelecidas pelo artigo 8.º da CEDH, bem como sua interpretação, comporta, inicialmente, analisar se houve ingerência em uma dessas garantias e, em seguida, verificar se essa intromissão encontra ou não amparo em lei ou em uma das hipóteses descritas no n.º 2 do referido artigo 8.º. Superado o exame da legalidade, o Tribunal emite sua decisão, observando um juízo de proporcionalidade para o caso concreto, levando em consideração que, em uma sociedade democrática, o referido princípio não pode ser aplicado de forma homogênea para todos os países, em todas as épocas. (In MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 176-177. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010).

⁵⁵⁹ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 182-185. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

2.2.3 Proteção da privacidade em Portugal

Na tutela geral da personalidade moral, prevista no artigo 70.º do Código Civil de Portugal (Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966), insere-se a proteção jus civilista de reserva da vida privada de cada indivíduo, não apenas a do artigo 80.º do referido Código⁵⁶⁰, mas também goza de ampla proteção na CRP, nos artigos 26.º, n.ºs 1, *in fine*, e 2 (direito à reserva da vida privada e familiar), 34.º (inviolabilidade do domicílio e da correspondência) e 35.º, n.ºs 2 a 6 (proibições de tratamento informático de dados referentes à vida privada e de acesso a dados pessoais)⁵⁶¹. Esta proteção dá-se em face da autonomia física e moral da qual todo ser humano é detentor, e a qual deriva da dignidade da natureza de cada pessoa, para a “condução de sua vida, na autoatribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática de seus atos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento”. Tendo em vista a complexidade da vida social, há a necessidade de que cada ser humano seja detentor de um espaço privado, que a ele pertença e a ele se dirija para pensar em si mesmo, onde possa “avaliar a sua conduta, retemperar as suas forças e superar a suas fraquezas, esfera esta que os demais sob pena de ilicitude não devem violar, v.g., intrometendo-se nela e instrumentalizando ou divulgando os elementos que a compõem”⁵⁶².

Segundo Rabidranath Capelo de Sousa⁵⁶³, não apenas a proteção à reserva da vida privada deve ser contemplada, mas também a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental, sexual, do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e outros meios de comunicação privados, dos dados pessoais, dos lazeres, dos rendimentos profissionais e demais elementos privados da atividade profissional e econômica, conforme os já mencionados dispositivos constitucionais e dos artigos 75.º a 79.º do Código Civil⁵⁶⁴ e diversos dispositivos da Lei n.º 10/91 (Lei da Proteção de Dados Pessoais Face à Informática).

Acerca da proteção dos dados pessoais, além da tutela constitucional inserta no artigo 35.º, n.ºs 2 a 7, da CRP, impende destacar, por se tratar de matéria vinculada ao objeto desta pesquisa, a Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/1998, agora com a versão

⁵⁶⁰ Anexo I. Legislação. Portugal. Código Civil.

⁵⁶¹ Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

⁵⁶² SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 317. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

⁵⁶³ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 318-323. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

⁵⁶⁴ Anexo I. Legislação. Portugal. Código Civil.

dada pela Lei n.º 103, de 24 de agosto de 2015)⁵⁶⁵, que, no artigo 7.º, n.º 1, definiu dados sensíveis como sendo os “dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos”⁵⁶⁶.

Como não existe direito absoluto, as restrições legais ao direito de reserva do ser particular e da vida privada, são aquelas impostas por razões de interesse público e em situações especiais, mas que encontram limites nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP^{567 568}.

2.2.4 Proteção da privacidade no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 assegura, em seu artigo 5.º, X, que “são invioláveis a intimidade e a vida privada” das pessoas.

Na esfera da legislação infraconstitucional brasileira, o Código Civil (Lei n.º 10.046, de 10 de janeiro de 2002), na Parte Geral, Título I, Capítulo II (artigos 11 a 21)⁵⁶⁹, trata dos direitos da personalidade, protegendo os aspetos não corporais da intimidade nos artigos 16, 17, 18, 19 (que tratam do direito ao nome) e no art. 20 (que trata do direito à imagem). O aspeto corporal da intimidade se encontra tutelado no art. 21, que faz referência à vida privada como direito inviolável do ser humano, cabendo ao juiz, a requerimento do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Não há como negar que a regulação e a proteção dispensadas à vida privada e à intimidade no Código Civil Brasileiro são muito tímidas, escassas e até mesmo incompletas, pois, além dos aspetos clássicos e protocolares relativos ao nome e à imagem, não enfrentou problemas contemporâneos como o fizeram as legislações civis de outros países e, no particular, deixa muito a desejar. Compreensão contrária seria o reconhecimento expresso de uma cláusula geral sobre o tema, consagrada no mencionado artigo 5.º, inciso X, da CRFB.

⁵⁶⁵ Anexo I. Legislação. Portugal. Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/1998).

⁵⁶⁶ Sustenta ainda Capelo de Sousa, ao discorrer sobre o sigilo, que os preceitos fixados nos já mencionados artigos 70.º e 80.º, n.º 2, do Código Civil aduzem que a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas, de tal sorte que “há zonas elementares da personalidade humana não disciplinadas especificamente cuja tutela eficaz só é possível, face a autonomia e a dignidade humanas, mediante uma extensão da reserva que implique o próprio dever do sigilo”. (In SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 336. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011).

⁵⁶⁷ SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O Direito Geral de Personalidade**, p. 345. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011.

⁵⁶⁸ Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

⁵⁶⁹ Anexo I. Legislação. Brasil. Código Civil.

Na seara específica da legislação trabalhista, a legislação brasileira também não é completa acerca dos direitos de personalidade, entre eles o que se refere à proteção da vida privada e da intimidade, seja quanto ao acesso ao emprego, à formação, à execução do contrato de trabalho, bem como às normas específicas alusivas ao controle do empregador sobre as atividades extralaborais dos trabalhadores. A ausência de regulação mínima sobre esses e outros relevantes temas tem remetido para os Tribunais Trabalhistas a análise dos casos concretos, em uma ádua incumbência que tem gerado decisões nem sempre harmônicas, o que gera insegurança jurídica nas situações que envolvam dados pessoais e as novas tecnologias da informação e das comunicações⁵⁷⁰.

2.3 Tutela da intimidade e da vida privada do trabalhador

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe notáveis mudanças e aperfeiçoamentos institucionais e jurídicos. No âmbito trabalhista, um desses aperfeiçoamentos “foi a descoberta do universo da personalidade do trabalhador no contexto da relação de emprego”. Esta descoberta traduziu-se em um contraponto ao tradicional conceito do poder empregatício, sepultando uma perspectiva meramente materialista e segregadora que vigorava, alçando o ser humano ao vértice da estruturação social e política que se constitui no princípio da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica. Este novo universo é integrado por princípios, normas e regras, com temas vinculados à dignidade da pessoa humana, da qual decorrem a privacidade e a intimidade do trabalhador “com as diversas facetas que podem assumir no contexto da vida real no contrato de emprego e no ambiente de trabalho”⁵⁷¹.

O poder empregatício do empregador, que se constitui “no conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente à prestação de serviços” encontra, no Direito do Trabalho, o grande contraponto jurídico a essas prerrogativas, e, no Brasil, o grande marco foi a Constituição Federal de 1988, o que remete a um debate sobre a harmonização dessas posições jurídicas contrapostas. A solução para a referida harmonização passa pela atenuação, pela racionalização e pela civilização do poder empregatício de forma a se adequar aos princípios, às regras e aos institutos constitucionais que asseguram, nas relações de trabalho, a tutela aos direitos de personalidade do trabalhador, inclusive os que dizem respeito à

⁵⁷⁰ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho - **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**, p. 25. São Paulo: LTr, 2008.

⁵⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 756-757. 17.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

privacidade e à intimidade. Esta harmonização e equilíbrio não inviabilizam ou restringem o bom funcionamento da iniciativa privada, apenas a subordinam à sua função social e colocam o valor social do trabalho não abaixo, mas ao lado da livre iniciativa, conforme impõem os artigos 5.º, XXIII, e 1.º, IV, da CRFB⁵⁷².

Trabalhadores e empregadores, ao firmarem um contrato de trabalho, assumem direitos e deveres recíprocos, cuja base se encontra no respeito à dignidade da pessoa humana e tanto o exercício da atividade do empregador quanto “o direito/dever ao trabalho, com todos os direitos que derivam do preceito constitucional, constituem manifestações do livre desenvolvimento da personalidade e, em última instância, da dignidade da pessoa”. Se o Direito contemporâneo tem por função eliminar as arbitrariedades dos entes públicos e privados, também o Direito do Trabalho, embora reconheça a existência dos poderes dos empregadores, em muitas de suas normas, reconhece direito aos trabalhadores que se constituem em limites aos citados poderes, podendo-se até afirmar que o Direito do Trabalho é um sistema de progressiva contenção do poder do empregador⁵⁷³.

O exercício da vigilância do empregador sobre o empregado deriva de um poder do empregador (que parte da doutrina denomina de hierárquico) que lhe é peculiar e legítimo. Segundo Simone Cruxen Gonçalves⁵⁷⁴, a palavra hierarquia tem sua gênese nos termos gregos *ieros* (sagrado) e *arché* (autoridade). Afirma Alice Monteiro de Barros⁵⁷⁵ que a hierarquia pressupõe uma contínua série de graus entre pessoas unidas por vínculo de autoridade. Entre as subdivisões do referido poder, encontram-se o poder diretivo do empregador, e é nele que se legitima o direito de o empregador exercer a vigilância e o controle sobre as atividades laborais e profissionais do empregado^{576 577}.

⁵⁷² DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 757-758. 17.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

⁵⁷³ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador, p. 344; 346. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

⁵⁷⁴ GONÇALVES, Simone Cruxên - **Limites do “jus variandi” do empregador**, p. 13. São Paulo: LTr, 1997.

⁵⁷⁵ BARROS, Alice Monteiro de (Coord.) - **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá, p. 548. São Paulo: LTr, 1994.

⁵⁷⁶ Segundo Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, o poder hierárquico ou administrativo do empregador decorre da própria natureza de subordinação em que o empregado se encontra em face do contrato de trabalho, e se divide em diretivo (que permite ao empregador organizar técnica e economicamente seu empreendimento e dirigir a prestação pessoal dos serviços executados pelos empregados) e disciplinar (que consiste na faculdade de impor penalidades disciplinares diante do descumprimento de ordens e outras faltas decorrentes da relação laboral). (In MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de - **Introdução ao Direito do Trabalho**, p. 214-215. 11.ª ed. São Paulo: LTr, 2014).

⁵⁷⁷ Alice Monteiro de Barros leciona que o exercício do poder gera uma tendência para o abuso, até que se encontre um obstáculo. Corrobora sua afirmação, citando o pensamento de Montesquieu: “É uma experiência eterna que o homem com autoridade é capaz de abusar da mesma; irá cada vez mais longe, até que encontre uma barreira. Mas se o exercício do poder pode levar ao despotismo, a ausência de um poder superior seria a

Diversas são as espécies e formas de controle e fiscalização do empregador da atuação laboral dos trabalhadores. O rol é extenso e não exaustivo: a) por meio de monitoramento audiovisual, telefônico ou telemático e eletrônico (circuito interno de televisão, câmaras de vídeo, observações telescópicas, vigilância eletrônica, localização de veículo pelo GPS, revistas em salas espelhadas, mensagens eletrônicas e outras); b) revistas pessoais; c) revistas em veículos; d) registro de ponto; e) livro de presença; f) prestação de contas; g) prontuário com dados alusivos a exames médicos pré-contratuais e durante o vínculo laboral e tantas outras. Mesmo que a maioria delas encontre guarida no poder diretivo e de fiscalização do empregador, todas elas encontram seu intransponível limite – jamais poderão ultrapassar a barreira do princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora já não existam os excessos e abusos dos poderes empresariais típicos da época da primeira revolução industrial, não há como negar que na contemporaneidade o empregado ainda se encontra numa situação de dependência econômica e jurídica para com o empregador. Entretanto, esta dependência jurídica, se entendida como uma relação de autoridade entre empregador e trabalhador, “padece, no mínimo, de anacronismo potencial”, pois a centralidade das relações laborais para o Direito do Trabalho não mais reside em uma relação de obediência, mas sim em um quadro de dependência econômica, organizacional e funcional, que gera um processo produtivo, concebido e dirigido por outrem. (cf. Luca Tamajo, Maria do Rosário Palma Ramalho e João Leal Amado). Nesse contexto, cumpre ao Direito do Trabalho assumir a sua lógica “redistribuidora e reequilibradora” e desempenhar uma dupla função: a de atuar como instrumento destinado a garantir a tutela do trabalho, impondo limites à autonomia privada individual para proteger o trabalhador hipossuficiente e, por outro lado, oferecendo ao empregador a possibilidade jurídica de gerir sua organização, limitando o autoritarismo da empresa, racionalizando o trabalho, favorecendo a transparência e o bom funcionamento do mercado de trabalho⁵⁷⁸.

O poder empregatício também possuía uma velha denominação, ainda hoje adotada por alguns doutrinadores: poder hierárquico do empregador. Maurício Godinho Delgado ressalta, apoiado por outros doutrinadores brasileiros (entre eles Arion Sayão Romita e Octavio Bueno Magano), que a antiga denominação não esconde a face autoritária e retrógrada inerente à ideia de hierarquia, “incompatível com qualquer processo de

anarquia, ou seja, uma situação social em que todos os indivíduos teriam um poder ilimitado”. (In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.) - **Curso de Direito do Trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá, p. 547. São Paulo: LTr, 1994).

⁵⁷⁸ MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrônico do empregador, p. 349. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010.

democratização do fenómeno intraempresarial de poder”, por traduzir um “poder de senhoria do superior em face do inferior” revelando uma noção já ultrapassada “como mero rescaldo do velho corporativismo”. Assim, e por essas razões, o doutrinador acima mencionado denomina este poder do empregador de ‘poder empregatício’ ou ‘poder intraempresarial’, em vez de poder hierárquico⁵⁷⁹

Ao tratar da proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho, à luz do ordenamento jurídico português, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ressalta que a disponibilização da força de trabalho a favor de outrem resulta sempre em alguma restrição da personalidade, o que torna necessário estabelecer que esta restrição não seja excessiva, facto que levou o CTP a estabelecer o dever de que cada um dos sujeitos da relação jurídica laboral venha a respeitar a personalidade da contraparte. E este dever assume especial relevo em relação aos trabalhadores, pois estes são a parte mais fraca nessa relação jurídica.⁵⁸⁰

A tutela da personalidade das partes integrantes da relação laboral está consagrada no CTP, na Subsecção II (Direitos de Personalidade), que compreende os artigos de 14.º a 22.º. A proteção à reserva da intimidade da vida privada está contemplada nos artigos 16.º, 17.º e 19.º do CTP⁵⁸¹.

Importa ainda acrescer que artigo 16.º do Código de Trabalho de Portugal (o qual foi atualizado pela Lei n.º 23, de 25/6/2012) assegura a reserva da intimidade da vida privada ao trabalhador e ao seu empregador. Paula do Couto Quintas⁵⁸² afirma que a redação do citado dispositivo se apresenta influenciada pelo artigo 4.º do Estatuto de los Trabajadores⁵⁸³ (da Espanha) e pelo artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁸⁴ (do Brasil)⁵⁸⁵.

⁵⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 786-787. 17.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

⁵⁸⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho**. Temas Laborais (Estudos e Pareceres), p. 94. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2006.

⁵⁸¹ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

⁵⁸² QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**, p. 215. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento).

⁵⁸³ Anexo I. Legislação. Espanha. Estatuto dos Trabalhadores.

⁵⁸⁴ Anexo I. Legislação. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵⁸⁵ Informa ainda a citada autora que o artigo 8.º do *Statuto dei Laboratori* italiano outorga o direito à reserva quanto a “opiniões políticas, religiosas ou sindicais do trabalhador, bem como factos não relevantes para efeitos de valoração de sua atitude profissional”. Prossegue a referida doutrinadora afirmando que, no direito francês, o art. L.121-6 não permite a devassa da privacidade do trabalhador, e as informações obtidas devem guardar “conexão direta e necessária com o emprego”. Da mesma forma, o direito alemão distingue a vida privada do trabalhador da relação de trabalho (*Trennung von Privatsphäre und Arbeitsverhältnis*). Assim, o trabalhador possui liberdade de ação quanto à sua vida fora da relação laboral (*Recht auf ungestörte Freizeit*), obrigando o empregador a respeitar essa condição.

Relativamente ao n.º 2 do artigo 16.º, tanto o acesso quanto a divulgação estão postos em termos alternativos, não sendo lícito o acesso indevido, mesmo que não haja a divulgação, tampouco é permitida a divulgação quando o acesso for obtido legitimamente.

Merece especial destaque o Acórdão n.º 306/2003, do Tribunal Constitucional de Portugal, o qual deu origem à atual redação do artigo 17.º (n.º 1, alíneas *a* e *b*, e o acréscimo que deu origem ao n.º 2) do CTP. O n.º 1 da redação original (que tratava da tutela da vida privada) sustentava que o empregador não poderia exigir do trabalhador ou do candidato ao emprego, informações relativas à vida privada, “salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação”. O n.º 2 (que tratava de informações relativas à saúde ou estado de gravidez) também estipulava a mesma proibição. Todavia, estabeleceu diversa motivação para a exceção estabelecida no n.º 1, pois esta proibição estaria excepcionada “quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação”⁵⁸⁶.

Entende-se que o artigo 19.º, n.º 1, do CTP, ao vedar a exigência “a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas [...]”, contempla também a hipótese da exigência de testes genéticos. Entretanto, esta temática será objeto de apreciação circunstanciada na Parte III, Capítulos IV e V.

Paula Quintas sustenta que o artigo 20.º do Código de Trabalho de Portugal, que trata dos meios de vigilância à distância, proíbe, como regra geral, a utilização dos meios de vigilância para controlar a atividade e a forma de desempenho do trabalhador. O artigo 21.º do citado CTP regula a utilização desses meios⁵⁸⁷. Sustenta a autora que as regras laborais lusas buscam minimizar a ingerência do empregador em foro que lhe é alheio, pois a vida privada e a intimidade do trabalhador não estão ao serviço do empregador.

Não estando o empregado obrigado a fornecer, salvo as exceções legais, os seus dados pessoais e em percebendo o trabalhador que sua recusa poderá prejudicá-lo, em se tratando de processo de seleção, tem-se admitido, como forma de autodefesa, a possibilidade

⁵⁸⁶ Anexo II. Jurisprudência. Portugal. Tribunal Constitucional.

⁵⁸⁷ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

de que ele forneça falsas informações ao seu empregador, não podendo essas afirmações servirem de base para invalidade do contrato de trabalho (CTP, artigo 114)⁵⁸⁸.

No Brasil, ao contrário do que ocorre em Portugal, não obstante o inciso X do artigo 5.º da CRFB dispor que “são invioláveis, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, [...]”, o legislador infraconstitucional tem sido muito tímido para dar concretude no âmbito legislativo do Direito do Trabalho a essas garantias constitucionais. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é escassa nessa seara. Assim, há de se socorrer do artigo 8.º, *caput* e § 1.º, do referido normativo, para, na hipótese de omissão, aplicar-se o direito comum, a jurisprudência, a analogia, a equidade e outros princípios e normas de direito, do direito do trabalho, bem como os usos e costumes e, ainda, o direito comparado.⁵⁸⁹

Por oportuno, ressalte-se que a nova e atual redação do citado § 1.º (dada pela Lei n.º 13.467, de 2017) suprimiu dele a expressão “naquilo que não for incompatível com os princípios deste” [Direito do Trabalho], supressão esta inusitada, como se fosse possível ao legislador ordinário derrogar ou revogar os princípios inerentes ao Direito do Trabalho. Depreende-se do *caput* que não apenas as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, mas também a doutrina, na falta de disposições legais trabalhistas, poderá valer-se da jurisprudência, da analogia, da equidade, dos princípios e “normas gerais de direito e principalmente do direito do trabalho” (o que torna inócua a supressão efetuada no § 1.º), bem como dos usos, dos costumes e do direito comparado, para a análise das questões alusivas à tutela da privacidade e da intimidade dos trabalhadores. Dessa forma, estar-se-ia quebrando o que no Brasil é conhecido – conforme já citado no Capítulo I, da Parte II – pelo fenômeno de hipocrisia constitucional e legal ou legitimação pela mera promessa, que se constitui na criação ou ampliação de direitos no campo legislativo (constitucional e infraconstitucional), mas sem os correspondentes mecanismos que assegurem aos titulares desses direitos a sua efetividade⁵⁹⁰.

Entre as escassas normas trabalhistas próprias, protetivas da vida privada e da intimidade dos trabalhadores, citam-se:

- a) o artigo 473-A da CLT, que veda a exigência de “atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego” (inciso IV), bem como veda “proceder o

⁵⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho**. Temas Laborais (Estudos e Pareceres), p. 97. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2006.

⁵⁸⁹ Anexo I. Legislação. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵⁹⁰ PIMENTA, José Roberto Freire - A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In PIMENTA, José Roberto Freire et al. **Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo**, p. 28. São Paulo: LTr. 2009.

empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias” (inciso VI);

b) o artigo 482, alínea *k*, da CLT, que aduz que se constitui em justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, o ato do empregado que seja “lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”;

c) o artigo 483, alínea *e*, da CLT, que afirma que o empregado poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho na hipótese de “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama”;

d) a Lei n.º 13.271, de 15 de abril de 2016, que proibiu as empresas privadas e os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta de adotarem “qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino” e que fixou multa pelo descumprimento dessa proibição⁵⁹¹;

e) a Portaria n.º 41, de 18 de março de 2007, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 30/3/2007, a qual, no artigo 1.º, proíbe ao empregador, tanto na contratação quanto na manutenção do contrato de trabalho, que exija quaisquer documentos discriminatórios ou que obstaculizem a contratação “especialmente certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez”; e a qual também proíbe, no artigo 8.º, que o empregador efetue anotações que possam vir a causar danos à imagem do trabalhador “especialmente referentes a sexo ou sexualidade, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, condição de autor em reclamações trabalhistas, saúde e desempenho profissional ou comportamento”⁵⁹².

f) a Portaria n.º 1246, de 28 de maio de 2010, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, publicada no Diário Oficial da União, Seção I, de 31/5/2010, a qual, no artigo 2.º, vedou às empresas “de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função,

⁵⁹¹ RODRIGUES Jr, Edson Beas (Org) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**, p. 772. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

⁵⁹² RODRIGUES Jr, Edson Beas (Org) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**, p. 761. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem de trabalhadores quanto ao HIV”⁵⁹³.

Além do que já foi exposto neste tópico, entende-se que a proteção à privacidade e à intimidade dos trabalhadores e candidatos a empregos nas relações de trabalho vai além das questões alusivas à vida deles fora do ambiente de trabalho, mas também no ambiente do trabalho, mesmo em situações não estritamente laborais, mas que sejam privadas e/ou íntimas, tais como a relação de amizade ou afetiva com colegas de trabalho, as correspondências que lhe são encaminhadas (inclusive e-mail pessoal e acesso à *internet*), entre outros.

⁵⁹³ RODRIGUES Jr, Edson Beas (Org) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**, p. 761. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

Parte III - Direito do Trabalho, Trabalho Digno e Discriminação. Os Testes Genéticos como Fator de Discriminação nas Relações de Trabalho

Capítulo 1 – Direito do Trabalho e o Direito ao Trabalho Digno

1.1 Princípios do Direito do Trabalho

Não há unanimidade doutrinária acerca dos princípios próprios do Direito do Trabalho e até mesmo quanto ao rol dos princípios fundamentais, inclusive em se tratando de um núcleo básico desses princípios, que, se não forem observados, levam a uma descaracterização desse ramo do Direito, “em certa sociedade histórica concreta”⁵⁹⁴. Vê-se, portanto, que referidos princípios fundamentais, embora mantenham seus pressupostos essenciais, devem levar em consideração a realidade cultural, social, econômica e histórica de cada sociedade.

1.1.1 Princípios internacionais ou universais

Observadas as considerações acima e como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito do Trabalho é contemplado com princípios universais, emanados de normativos internacionais, princípios constitucionais (próprios em cada Estado) e princípios consagrados pela doutrina sobre os quais incide um amplo leque. Alguns até não passam pelo crivo técnico do que seja princípio e, embora assim denominados, são apenas exceções ou regras que, por vias transversas, a doutrina alçou à condição de princípio. Esta proliferação de princípios, também rotulada de “embriaguez principialista”⁵⁹⁵ desagua na banalização desse instituto. Portanto, não sendo o objetivo final desta pesquisa um exaustivo e detalhado estudo sobre os princípios inerentes ao Direito do Trabalho, abordar-se-ão aqueles princípios cardeais sobre os quais se repousarão as questões centrais desta investigação.

Para tanto, propõe-se uma teoria geral dos princípios internacionais ou universais de Direito do Trabalho, com supedâneo no princípio do trabalho digno (do qual emanam todos os demais, a seguir apontados), no princípio da subsistência digna, no princípio da integridade e do desenvolvimento físico e psicossocial, no princípio da igualdade de oportunidades e de não discriminação e no princípio de liberdade associativa e de negociação coletiva.

⁵⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 231. 17.ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018.

⁵⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula - **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais** – o princípio da dignidade da pessoa humana, p.327. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Referidos princípios podem ser extraídos do amplo respaldo que emana do conteúdo de diversos normativos internacionais (alguns já citados), entre eles a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (aprovada em Bogotá, em 2 de maio de 1948), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (aprovada em Roma em 4 de dezembro de 1950), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Tratado de Versailles (que pôs fim à 1.ª Guerra Mundial e criou a Organização Internacional do Trabalho)⁵⁹⁶, a Declaração da OIT, de 1998, sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (de cumprimento obrigatório a todos os países membros da OIT, ainda que não tenham ratificado as respectivas Convenções alusivas a esta Declaração)⁵⁹⁷, o Código de Conduta da Organização Internacional do Trabalho sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores (de 1997)⁵⁹⁸, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (de 1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Dados Pessoais Automatizados (de 28 de janeiro de 1981) e as Linhas Diretrizes Regulamentadoras da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais, de 23 de setembro de 1980, reiterada em 1998. Não há a pretensão de esgotar o rol de normativos internacionais, inclusive as Convenções da OIT, para dar suporte a esses princípios, bem como de outros direitos e garantias que a eles venham a ser agregados.

O primeiro princípio fundamental (internacional), sobre o qual reside toda a essência do Direito do Trabalho e que ora se denomina de princípio do trabalho digno, está consagrado e pode ser extraído:

- a) da DUDH (artigo XXIII, *caput* – direito ao trabalho; artigo XXIII, n.º 1 – liberdade de trabalho, com o direito a uma condição favorável e a proteção contra o desemprego);
- b) do Tratado de Versailles (artigo 427, n.º 1 – o trabalho não pode ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio); e

⁵⁹⁶ CERVANTESVIRTUAL. [Em linha]. Tratado de Versailles. Archivo nacional de Honduras. [Consult. 4 Out. 2019]. Disponível em www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/.

⁵⁹⁷ RODRIGUES JR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**, p. 51. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2017. Também em CERVANTESVIRTUAL. Tratado de Versailles. Archivo nacional de Honduras. [Consult. 4 Out. 2019]. Disponível em www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/.

⁵⁹⁸ RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho - **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante**, p. 145. São Paulo: LTr, 2008.

c) do PIDESC (artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 – direito ao trabalho livre, com proteção desse direito e garantia de que nele se inclui a formação técnica que enseje o pleno desenvolvimento profissional, cultural, econômico e social, além do pleno emprego, do trabalhador).

Como corolário do citado macro princípio do trabalho digno, decorrem outros princípios internacionais (também fundamentais). Na vertente econômica, o que ora se rotula de princípio de subsistência digna, encontra respaldo:

a) na DUDH, o artigo XXIII, n.º 3, que prevê a garantia de salário digno e outros meios de proteção social; e o artigo XXV, o direito que toda pessoa possui de ter um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação e outros e a segurança contra o desemprego e outros casos de perda dos meios de subsistência;

b) no Tratado de Versailles (artigo 427, n.º 3), que prevê salário que garanta nível de vida conveniente; e

c) no PIDESC (artigo 7.º, *a*, II), que contempla condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem remuneração mínima que permita existência decente ao trabalhador e sua família.

Quanto ao princípio da integridade e do desenvolvimento físico e psicossocial:

a) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Bogotá, em 2 de maio de 1948 (sete meses antes da DUDH), dispõe, no artigo 5.º: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar”;

b) a DUDH estabelece a proibição de trabalho escravo (artigo IV); a não interferência na vida privada e familiar, no lar, na correspondência, nem ataques à honra e à reputação (artigo XII); as liberdades de pensamento, de consciência, de religião, de opinião e de expressão (artigos XVIII e XIX); o direito ao repouso, ao lazer, à limitação razoável das horas de trabalho e férias remuneradas (artigo XXIV) e o direito à instrução técnico-profissional (artigo XXVI);

c) o Tratado de Versailles assegurou uma jornada de trabalho máxima de 8 horas e carga horária semanal de 48 horas (artigo 427, n.ºs 4 e 5) e a supressão do trabalho infantil e a limitação do trabalho infantojuvenil (artigo 427, n.º 6);

d) a Declaração da OIT sobre os Princípios e os Direitos Fundamentais no Trabalho, no item 2, alíneas *b* e *c*, impõe “a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório” e “a eliminação efetiva do trabalho infantil”;

- e) o Código de Conduta da OIT sobre a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, de 1997, fruto de reunião de seus peritos, realizada em Genebra, de 1.º a 7/10/1996, estabeleceu, no n.º 1 do item 6.14, que, se os trabalhadores “forem monitorizados, deverão ser informados com antecedência dos motivos da monitorização, do calendário, do método e das técnicas usadas, bem como dos dados a coligir, devendo o empregador minimizar a intrusão na privacidade dos trabalhadores”;
- f) a Convenção Europeia de Direitos Humanos, aprovada em Roma em 4 de dezembro de 1950, no artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) dispõe: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”;
- g) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 17, n.º 1) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 11, n.ºs 2 e 3, estabeleceram vedação de “ingerências arbitrárias e abusivas” na vida pessoal e familiar das pessoas e a proteção da lei contra as referidas ingerências e ofensas;
- h) a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Dados Pessoais Automatizados (1981);
- i) as Linhas Diretrizes Regulamentadoras da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais (1980), cujos compromissos foram reafirmados em dezembro de 1998 e cujas diretrizes se aplicam à proteção de dados na *Internet*, em que os Estados se comprometeram a reafirmar os compromissos aceitos em matéria de privacidade; e
- j) o PIDESC garante a segurança e a higiene no trabalho e a melhoria de todos os aspetos de higiene do trabalho e do meio ambiente (artigos 7.º, *b* e 12, *b*); o descanso, o lazer, duração razoável de horas de trabalho, férias e feriados remunerados (artigo 7.º, *d*); o direito à previdência e ao seguro social (artigo 9.º); a proteção especial às mães trabalhadoras, mediante licença remunerada após o parto (artigo 10, n.º 2); a proteção do trabalho infantojuvenil, em atividades que sejam prejudiciais ao desenvolvimento humano (artigo 10, n.º 3), e a prevenção e o tratamento de doenças profissionais e a luta contra elas (artigo 12, *c*).

O princípio da igualdade de oportunidades e de não discriminação encontra respaldo:

- a) na DUDH, ao firmar a garantia de igualdade em dignidade e direitos (artigo I); a capacidade de gozar os direitos estabelecidos no normativo, sem distinção de qualquer espécie ou de qualquer condição (artigo II); a igualdade, sem nenhuma distinção, igual remuneração por igual trabalho (artigo XXIII); a igualdade perante a lei, sem nenhuma distinção e proteção contra qualquer discriminação que atente contra tal Declaração (artigo VII);
- b) no Tratado de Versailles, ao assegurar salário igual sem distinção de sexo e entre trabalhadores residentes legalmente no mesmo país (artigo 427, n.ºs 7 e 8);
- c) na Declaração da OIT sobre os Princípios e os Direitos Fundamentais no Trabalho, no item 2, alínea *d*, que impõe “a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”; e
- d) no PIDESC, quando assegura, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção e, inclusive igualdade de remuneração e condições de trabalho entre homens e mulheres (artigo 7.º, *a*, I), e, igualdade de oportunidades para promoção no trabalho, sem outras considerações senão a de tempo de trabalho e a capacidade (artigo 7.º, *c*).

Quanto ao princípio de liberdade associativa e de negociação coletiva (assim denominado por entender-se que esta liberdade diz respeito à associação *lato sensu*; portanto, tanto às entidades sindicais quanto às associações em sentido estrito):

- a) a DUDH assegura o direito à liberdade de reuniões e associações pacíficas, garantindo ainda a liberdade de fazer parte ou não de uma associação (artigo XX, n.ºs 1 e 2); o artigo XXIII, n.º 4, afirma o direito de todas as pessoas de organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses;
- b) o Tratado de Versailles, no artigo 427, n.º 4, assegura o direito de associação sindical;
- c) a Declaração da OIT sobre os Princípios e os Direitos Fundamentais no Trabalho, no item 2, alínea *a*, assegura “a liberdade de associação e o reconhecimento do direito de negociação coletiva”; e
- d) o PIDESC, no artigo 8.º, estabelece garantias para a fundação, filiação e escolha de qual sindicato se quer integrar, sujeitando-se tão somente aos seus

estatutos, com a observância das restrições necessárias e legais (item 1, *a*); o direito de os sindicatos se organizarem em federações e confederações e de formar organizações sindicais internacionais, filiando-se a elas (item 1, *b*); o direito ao livre exercício das atividades sindicais, observadas as limitações necessárias previstas em lei e inerentes a uma sociedade democrática (item 1, *c*), e o direito à greve, a ser exercido de acordo com a legislação de cada país (item 1, *d*).

1.1.2 Princípios constitucionais

Quanto aos princípios constitucionais, segundo alguns doutrinadores, esses se subdividem em princípios gerais e princípios específicos do Direito do Trabalho, os quais emanam dos diversos direitos e garantias insertas nas constituições democráticas dos países. Os princípios constitucionais gerais são aqueles que emanam de normas constitucionais gerais, mas também aplicáveis às relações de trabalho. Já os princípios específicos se inspiram em normas constitucionais trabalhistas^{599 600 601}

⁵⁹⁹ Carlos Henrique Bezerra Leite e Vólia Bomfim Cassar adotam essa classificação (in LEITE, Bezerra Carlos Henrique - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 76-81. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016; CASSAR, Vólia Bomfim - **Direito do Trabalho**, p. 165-167. 8.^a ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Método Ltda, 2013).

⁶⁰⁰ No Brasil, Carlos Henrique Bezerra Leite aponta, como princípios constitucionais fundamentais gerais do Direito do Trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1.^o, III), o princípio do valor social do trabalho e da livre iniciativa (CRFB, artigo 1.^o, IV), o princípio da função social da propriedade (CRFB, artigo 5.^o, XXIII), o princípio da função social da empresa (CRFB, artigo 170, III), os princípios da solidariedade ou da fraternidade, da correção das desigualdades sociais e regionais, da não discriminação e o princípio da correção das injustiças sociais (CRFB, artigo 3.^o, I). Além desses, indica diversos outros, constantes no artigo 5.^o da CRFB, entre eles, os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade; da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade; da vedação a qualquer forma de tortura ou tratamento degradante; da legalidade; da liberdade de manifestação de pensamento, de crença e de religião; da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; da liberdade de trabalho, ofício ou profissão, bem como da liberdade de reunião e de associação para fins lícitos. (In LEITE, Bezerra Carlos Henrique - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 76-79. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

⁶⁰¹ Entre os princípios constitucionais específicos do Direito do Trabalho, o referido autor aponta o da fonte normativa mais favorável ao trabalhador (CRFB, artigos 7.^o, *caput*, e 5.^o, § 2.^o); o da proteção da relação de emprego (CRFB, artigo 7.^o, I, e Convenção n.^o 158 da OIT); o de proteção ao salário, com garantia de salário mínimo com reajuste periódico, a irredutibilidade salarial e a isonomia salarial (CRFB, artigo 7.^o, IV, VI e XXX); o da proteção ao mercado de trabalho da mulher (CRFB, artigo 7.^o, XX); o da proibição de trabalho infantil e exploração do trabalho do adolescente (CRFB, artigo 7.^o, XXXIII); o da proteção ao meio ambiente de trabalho (CRFB, artigos 225 e 200, VIII), que se aperfeiçoa com a limitação da duração de trabalho (CRFB, artigo 7.^o, XIII a XVII), da proteção em face da automação (CRFB, artigo 7.^o, XXVII), da redução dos riscos inerentes aos acidentes de trabalho (CRFB, artigo 7.^o, XXII), da obrigatoriedade de seguros contra acidentes de trabalho (CRFB, artigo 7.^o, XXVIII, 1.^a parte), da responsabilidade do empregador por danos morais e materiais causados aos empregados (CRFB, artigo 7.^o, XXVIII, 2.^a parte) e do pagamento de adicionais de remuneração para as atividades perigosas, insalubres ou penosas (CRFB, artigo 7.^o, XXIII); o da proibição de discriminação (CRFB, artigo 7.^o, XXX e XXXI) e o princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (CRFB, artigo 7.^o, XXVI). (In LEITE, Bezerra Carlos Henrique - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 79-81. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

Maurício Godinho Delgado não distingue os princípios constitucionais gerais ou fundamentais ou específicos. Prefere a rotulagem de princípios constitucionais do trabalho, expondo que tais princípios não são necessariamente trabalhistas, porque alguns também se aplicam a diversos campos do Direito. De uma forma sintética, afirma que tais princípios são da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; da valorização do trabalho e do emprego; da inviolabilidade do direito à vida; do bem-estar individual e social; da justiça social; da submissão da propriedade à sua função socioambiental; da não discriminação; da igualdade, material; da segurança; da proporcionalidade e da razoabilidade e o princípio da vedação do retrocesso social⁶⁰².

Embora exista tal panorama, discorda-se que todo e qualquer direito ou garantia previsto nos textos constitucionais ou infraconstitucionais constitua princípios, sob pena de admitir uma torrente inesgotável de princípios, ao ponto de o número destes ser igual ou mesmo superior ao número de dispositivos legais, o que escaparia à razoabilidade e acarretaria, conforme já afirmado, uma indesejável banalização deste instituto. Alguns dispositivos, dada a sua magnitude, podem constituir-se em princípios; mas, face a similitude e a correlação entre dois ou mais desses dispositivos, devem ser aglutinados e servir de fundamento para a criação de um único princípio, com maior densidade.

A ilustrar o exposto, cita-se o superprincípio da dignidade da pessoa humana, posto em diversos textos constitucionais, inclusive na Constituição Brasileira. Não se pode afirmar que este princípio se resume ao disposto no artigo 1.º, inciso III, como fundamento da República. Mas também encontra guarida expressamente em uma das finalidades da ordem econômica (artigo 170), e na organização da família (artigos 226 e 227). Da mesma forma, em se adotando o valor social do trabalho como um dos princípios constitucionais, este postulado do valor trabalho não se limitaria ao artigo 1.º, inciso IV, mas também ao artigo 170, *caput* e incisos III e VIII (que tratam da ordem econômica e da valorização do trabalho humano, com ênfase à justiça social, à função social da propriedade e à busca do pleno emprego), e ao artigo 193, que, ao tratar da ordem social, sustenta que ela tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

⁶⁰² DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 225. 17.ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018.

1.1.3 Princípios da proteção, da privacidade e da intimidade, e da igualdade de oportunidades e da não discriminação

Conforme já afirmado, em razão do objetivo central desta pesquisa, adotar-se-á, como pano de fundo, o princípio da dignidade da pessoa humana e, no tocante ao exame dos princípios inerentes ao Direito do Trabalho, far-se-á um recorte específico, analisando-se os princípios da proteção, da privacidade e da intimidade, e da igualdade de oportunidades e da não discriminação.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, a construção dogmática autônoma do Direito do Trabalho se processou em torno de uma ideia ou de um princípio fundamental e unitário, ou seja, do princípio da proteção do trabalhador. Considerado pela generalidade da doutrina como a valoração axiológica nuclear desse Direito, desenvolveu-se por meio de normas legais e da autorregulamentação laboral protetivas, como a ideia, o elemento fundamental ou o princípio orientador do Direito do Trabalho. Isso porque a incidência dogmática desse valor protetivo é um “princípio geral de compensação da situação de dependência do trabalhador que singulariza e afasta o direito laboral do direito comum”. Referida compensação faz-se necessária em face da desigualdade jurídica entre dois sujeitos privados (empregado e empregador), em uma relação jurídica de direito privado. Esta desigualdade faz com que o princípio da proteção possua um inegável conteúdo dogmático, como valoração nuclear do Direito do Trabalho, que faz dele um direito tutelar⁶⁰³.

A magnitude e a relevância do princípio da proteção do trabalhador são reveladas na sua aplicabilidade, não apenas como compensação da dependência do trabalhador nas questões individuais, mas também nas coletivas, sendo até classificado como um princípio de ordem pública, atuando também nas restrições à liberdade das partes no contrato de trabalho⁶⁰⁴.

Nas relações de direito individual do trabalho, a estrutura normativa parte do pressuposto de uma diferenciação básica, nos aspetos social, econômico e político, existente entre o empregador (que age como um *ser coletivo* e agente socioeconômico e político, com aptidão para produzir impacto na comunidade) e o empregado (que age como *ser individual* incapaz de produzir, em regra, ações de impacto comunitário). Esta significativa diferenciação entre os sujeitos da relação de emprego “fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar,

⁶⁰³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**, p. 415-416. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Depósito legal 155461/00.

⁶⁰⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**, p. 415-417. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Depósito legal 155461/00.

juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego”. O Direito Coletivo do Trabalho, ao contrário do Direito Individual, foi construído a partir de seres coletivos (empregador e organizações sindicais) teoricamente equivalentes⁶⁰⁵.

Ressalta Américo Plá Rodriguez que, no Direito comum, há uma constante preocupação de se assegurar a igualdade jurídica entre as partes contratantes. Entretanto, no Direito do Trabalho, a preocupação central é a de proteger uma das partes, para que, por meio dessa proteção, seja alcançada uma igualdade substancial e verdadeira entre esses sujeitos. Assim, o princípio da proteção se constitui em um critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, e o fundamento desse princípio – também rotulado de princípio tutelar – está ligado à própria razão de ser desse ramo do Direito. Lembra o autor uruguaio que a história revela que o Direito do Trabalho surgiu em razão e como consequência de que “a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas”. O legislador, não mais podendo manter uma ficção de igualdade entre os sujeitos da relação jurídica subordinada do trabalho, inclinou-se “para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ela favorável”. Portanto, o propósito do Direito do Trabalho é o de nivelar as desigualdades e, reportando-se a Eduardo Couture, sustenta que o procedimento para se corrigir desigualdades “é o de criar outras desigualdades”⁶⁰⁶.

Segundo Américo Plá Rodriguez, o princípio da proteção se expressa sob três distintas formas, que denomina de regras. A primeira (a regra do *in dubio pro operário*) consiste em que, quando uma norma tiver vários sentidos, o juiz ou o intérprete deve optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. A segunda (regra da norma mais favorável) determina que, em havendo mais de uma norma aplicável, independentemente da hierarquia clássica delas, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. E a terceira, a regra da condição mais benéfica, é o critério pelo qual uma nova norma trabalhista não poderia diminuir as condições mais favoráveis em que já se encontrava o empregado, por ocasião da edição dessa nova norma. Ressalta o autor que essas três regras, embora resultantes do mesmo princípio geral, são distintas e independentes, não sendo derivadas ou subordinadas entre si⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 229. 17.^a ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018.

⁶⁰⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo - **Princípios de direito do trabalho**: fac similada, p. 83; 85-86. São Paulo: LTr, 2015.

⁶⁰⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo - **Princípios de direito do trabalho**: fac similada, p. 109. São Paulo: LTr, 2015.

O princípio de proteção ao empregado é uma teia de proteção para a parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia e visa retificar ou atenuar, no plano jurídico, as consequências que o desequilíbrio inerente ao plano fático da relação laboral geralmente causa. Desta forma, este princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, de tal sorte que se pode até afirmar que, sem esta ideia, este Direito não se justificaria, nem histórica nem cientificamente. Entretanto, segundo Maurício Godinho Delgado, este princípio abrange não apenas as três dimensões apontadas (regras do *in dubio pro operário*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica), mas também permeia quase todos ou todos os denominados (pelo referido autor) princípios especiais do Direito Individual do Trabalho, servindo de ampla inspiração a todo o conjunto de princípios, regras e institutos que compõem este ramo do Direito⁶⁰⁸.

Além do princípio da proteção, também os princípios da norma mais favorável, da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade ou irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da condição ou cláusula mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade ou irredutibilidade salarial, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego.

Uma das características da aplicação do princípio da proteção, no Brasil, é expressa pela intensa intervenção estatal nas relações entre empregadores e empregados, estabelecendo regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais, limitando, em muito, a autonomia das partes. E esta intervenção se justifica em razão de que o trabalhador já inicia a relação laboral em desvantagem, seja pela vulnerabilidade econômica, seja pela dependência do emprego para sua subsistência, o que o faz aceitar condições cada vez menos dignas de trabalho⁶⁰⁹.

Analisando o sistema juslaboral português, Maria do Rosário Palma Ramalho⁶¹⁰ destaca a formulação de “três grandes valorações materiais fundamentantes e orientadoras do direito laboral”, que se constituem nos princípios da compensação da posição

⁶⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 232; 230. 17.^a ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, 2018).

⁶⁰⁹ CASSAR, Vólia Bomfim - **Direito do Trabalho**, p. 169-170. 8.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método Ltda, 2013.

⁶¹⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**, p. 969. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Depósito legal 155461/00.

“debitória” complexa das partes no vínculo laboral, do coletivo⁶¹¹ e da autotutela laboral⁶¹²
613.

O objetivo do princípio da proteção do trabalhador pode ser alcançado por meio de diversas vias e em diversas áreas, concretizando-se em princípios menores e em diversas proposições normativas. Entre esses princípios menores, incluem-se proposições normativas quase sempre constitucionais, como o direito ao trabalho e o de liberdade e igualdade de oportunidades no acesso ao emprego (CRP, artigo 58.º, n.ºs 1 e 2, *b*, e 47.º), a dignidade e a segurança no trabalho (CRP, artigo 59.º, n.º 1, *b* e *c*, e n.º 2, *e*), a suficiência e a garantia salarial (CRP, artigo 59.º, n.ºs 1, *a*, parte final; 2 e 3), o princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar (CRP, artigo 59.º, n.º 1, *b*), o princípio da proteção à

⁶¹¹ Segundo a autora: “Em termos simples, este princípio pode enunciar-se como a orientação geral do direito do trabalho para valorizar, na construção e na disciplina da generalidade dos fenômenos laborais (*y compris*, o vínculo laboral), uma componente coletiva ou de grupo, da qual vai retirando múltiplos e específicos efeitos jurídicos: nos fenômenos laborais coletivos, o princípio do coletivo põe em evidência o facto de a constituição de grupos e a atuação dos sujeitos laborais coletivamente ou por intermédio de grupos serem uma forma comum de intervenção jurídica no domínio laboral; no vínculo laboral, a componente de grupo manifesta-se na faceta organizacional do contrato de trabalho e na influência que recebe dos fenômenos coletivos – um e outro fatores explicam que o trabalhador e o empregador sejam valorizados não tanto como indivíduos mas enquanto membros de diversos grupos, institucionais ou não institucionais, com os quais se relacionam, por efeito do contrato de trabalho, ou, simplesmente, por efeito da qualidade de trabalhador subordinado e da qualidade de empregador”. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**, p. 982. Coimbra: Livraria Almedina, 2000).

⁶¹² O conteúdo nuclear desse princípio “tem a ver com a capacidade de autorregulação livre, coletiva e uniforme das condições de trabalho, que assiste aos trabalhadores e empregadores e que é exercida através da negociação coletiva e das convenções coletivas de trabalho e por intermédio, obrigatoriamente do lado dos trabalhadores e eventualmente do lado dos empregadores, de entes laborais coletivos”. Esse conteúdo essencial encontra respaldo na CRP, no denominado “direito de contratação coletiva” (artigo 56.º, n.º 3), outros comandos de índole associativa (artigos 46.º e 55.º), na definição das políticas econômicas e sociais e na concertação social (artigo 56.º, n.º 2, *a*, *c* e *d*), no direito fundamental de greve (artigo 57.º, n.º 1), além das questões alusivas aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, objeto dos artigos 476.º e seguintes do CTP. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**, p. 985-987. Coimbra: Livraria Almedina, 2000).

⁶¹³ Quanto ao denominado “princípio da compensação da posição debitória complexa das partes no vínculo laboral”, trata-se de um princípio geral de proteção, aplicável não apenas ao trabalhador, como é tradicionalmente concebido pela doutrina, mas, também, ao empregador, com o objetivo de que este cumpra, efetivamente, os deveres amplos que lhe incumbem em decorrência do contrato de trabalho, viabilizando esse instrumento. Logo, tal princípio possui duas vertentes: uma de proteção ou de salvaguarda dos interesses do empregado e a outra de proteção aos interesses do empregador. Essa complexidade estrutural do vínculo laboral projeta-se na posição “debitória” das partes, de tal sorte que o trabalhador não se limita apenas a prestar serviços, mas também possui o dever de colaborar com o empregador em relação às regras da organização, entre outras atribuições. Já o empregador não tem como dever apenas o pagamento pelo serviço prestado, mas também assume outras responsabilidades pessoais e patrimoniais, entre elas a remuneração de diversas situações de inatividade do trabalhador, contribuindo para o financiamento da segurança social e assumindo os riscos alusivos à saúde e segurança do trabalhador.

No caso do trabalhador, a tutela jurídica protetiva se justifica pelo facto de sua posição “debitória” implicar uma situação de inferioridade jurídica que é inerente à essência dominial, que resulta na sujeição do trabalhador aos poderes de direção e disciplina do empregador. Portanto, é “imperioso assegurar o tratamento digno do trabalhador por parte do empregador, salvaguardar sua vida privada e familiar perante o contrato e garantir, na celebração e na execução do mesmo a sua efetiva liberdade e igualdade perante a contraparte”. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**, p. 970-972. Coimbra: Livraria Almedina, 2000).

maternidade, ao trabalho dos adolescentes e em situações de risco (CRP, artigo 59.º, n.º 2, *c*), o princípio da valorização educacional e da formação profissional (CRP, artigo 58.º, n.º 2, *c*, e 59.º, n.º 2, *f*), o princípio da assistência ao trabalhador nas situações de risco ligadas à atividade laboral e de desemprego involuntário (CRP, artigos 59.º, n.º 1, *e* e *f*, e 63.º, n.ºs 2 e 3) e o princípio da duração máxima de trabalho, com direito ao lazer, repouso semanal e férias remuneradas (CRP, artigo 59.º, n.º 1, *d*, e n.º 2, *b* e *d*). Como se vê, diversas condições dignificantes do trabalho subordinado também estão estabelecidas na CRP. Na esfera infraconstitucional, o Código de Trabalho de Portugal contempla vários dispositivos que também integram o princípio da proteção aos trabalhadores.

No que diz respeito ao princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, Maria do Rosário Palma Ramalho destaca o apoio constitucional, em princípios como o da iniciativa privada e da liberdade na gestão das empresas (CRP, artigos 61.º, n.º 1; 80, *c*, e 86, n.º 2) e também no direito da propriedade privada (CRP, artigo 62.º), bem como no princípio fundamental de organização econômica, alusivo ao setor produtivo privado (CRP, artigo 80.º, *b*, e 82.º, n.ºs 1 e 3). Na seara infraconstitucional, também o CTP contempla dispositivos alusivos à gestão empresarial que dão suporte à aplicação do princípio da proteção aos empregadores. Ressalta ainda a citada autora, que o princípio da proteção do trabalhador não se opõe sistematicamente ao princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, embora isso possa ocorrer, mesmo porque o sistema jurídico sempre preservou os interesses de gestão do empregador como condição de viabilização do próprio vínculo laboral e, portanto, devem ser “considerados como valorações fundamentais específicas do sistema jurídico laboral”⁶¹⁴.

Quanto ao denominado princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, preconizado por Maria do Rosário Palma Ramalho, adota-se o posicionamento de que tal princípio se justificaria não apenas para assegurar as garantias inerentes à iniciativa privada, a gestão e a organização empresarial, mas, prioritariamente, para que daí decorram melhores condições a assegurar ao trabalhador maior proteção no vínculo laboral, proporcionando-lhe um trabalho digno, concretizado em melhores condições econômica, social, de segurança, assistência social e de igualdade de oportunidades, entre outras.

O ciclo da política econômica ultraliberal, que teve início na década do final dos anos 1970 e atinge grande parte dos Estados, entre eles o Brasil, notabilizou-se pelas alterações legislativas e o incremento de políticas públicas supressivas e restritivas dos

⁶¹⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**, p. 977-980. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

direitos dos trabalhadores. A consequência disso é um sério abalo no princípio da proteção que, assim como o Direito do Trabalho, atravessa uma crise de efetividade. O discurso perverso e falacioso de que a supressão e a flexibilização⁶¹⁵ dos direitos trabalhistas (materiais e processuais) são necessárias para gerar empregos, na verdade, é uma dissimulação para que os grandes conglomerados econômicos (principalmente os que integram o sistema financeiro, nacional e internacional) aumentem cada vez mais os seus lucros, distribuídos a poucos em detrimento de muitos. Todavia, é papel preponderante dos operadores do Direito a efetiva defesa desse princípio, sob pena de que conquistas seculares dos trabalhadores, alcançadas com suor e sangue caíam por terra em um retrocesso social inadmissível e perigoso.

Quanto ao princípio da privacidade e da intimidade do trabalhador, a embasar o referido princípio, faz-se expressa remissão ao Capítulo 2 da Parte II, especialmente o item 2.3, que trata da “Tutela da intimidade e da vida privada do trabalhador”, bem como do acima denominado princípio universal ou internacional da integridade e do desenvolvimento físico e psicossocial (item 1.1.1), especificamente as alíneas *a, b, e, f, g, h e i*.

No que diz respeito ao princípio da igualdade de oportunidades e da não discriminação, reporta-se também ao item 1.1.1 deste Capítulo, especialmente às alíneas de *a* a *d* do referido princípio universal ou internacional, bem como aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema (e já citados), nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, os quais serão objeto de apreciação mais circunstanciada nos Capítulos 2 e 3 desta Parte III da pesquisa.

1.1.3.1 A erosão do princípio da proteção em Portugal

Efetuada o estudo sobre o sentido e a principal razão de ser do Direito do Trabalho, faz-se breve abordagem do contexto que envolveu a construção, ao longo da história, da regulação do trabalho em Portugal, adentrando-se, logo após o estudo do que se denominou erosão dessa disciplina jurídica.

⁶¹⁵ A flexibilização possui três espécies: a) a denominada *flexibilização de proteção*, que combina normas estatais (heterônomas), com regramentos privados (normas autônomas, coletivas emanadas das próprias partes interessadas), visando melhorar a condição social do trabalhador para além das condições mínimas fixadas na norma estatal; b) a *flexibilização de adaptação* ou *flexibilização in pejus*, que revisa as normas estatais para um patamar inferior àquele previsto nas normas estatais, em detrimento dos trabalhadores e com o objetivo de preservar a empresa e os empregos em vista de determinadas circunstâncias econômicas; e c) a *flexibilização de desregramento*, que objetiva afastar as normas estatais e permite o regramento autônomo da matéria, ainda que em prejuízo dos trabalhadores. A *desregulamentação* é uma tendência político-legislativa de viés ultraliberal que desarticula ao máximo o cabedal normativo estatal, retira o Estado do marco regulatório mínimo e deixa para a autonomia privada (individual ou coletiva) a tarefa de reger a matéria. (In FELICIANO, Guilherme Guimarães - **Curso crítico de direito do trabalho: Teoria geral do Direito do Trabalho**, p. 137-139. São Paulo: Saraiva, 2013).

Versando sobre o princípio da proteção do trabalhador no sistema jus laboral português, Guilherme Machado Dray⁶¹⁶ afirma que a evolução do Direito do Trabalho em Portugal ocorreu de forma similar à que se deu em outros países europeus, embora de forma atrasada em razão do aparecimento tardio da industrialização nesse país. Demarca o autor três períodos do Direito do Trabalho na região lusitana: o liberalismo, que vai até 1926; o período do Estado Novo Corporativo, de 1926 a 1974; e o período contemporâneo, composto por duas fases autônomas, tendo como marco o Código do Trabalho, ou seja, de 1974 a 2003 e de 2003 em diante, consagrando-se nesse período as revisões do Código do Trabalho, ocorridas em 2009 e 2012, esta última decorrente do acordo celebrado entre o Governo português e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional.

O autor descreve que, até 1926, o período teve por característica o fim das Corporações, o que acarretou desigualdades jurídicas e negociais, as situações de pobreza e desemprego aumentaram e começaram a surgir algumas referências à necessidade de proteção do trabalhador. Relata que, em 1891, foram admitidas associações profissionais, ao tempo em que criados tribunais e árbitros para mediar as questões laborais; houve restrições ao trabalho de menores e de mulheres, estatuiu-se a idade mínima de admissão ao trabalho, a duração da jornada e regras quanto a serviços insalubres ou perigosos, estabelecendo-se, em 1907, a obrigatoriedade do descanso semanal (dominical) para o comércio e a indústria.

Com a implantação da República, assenta que foi reconhecido o direito à greve e ao *lockout*, vindo ao mundo jurídico a Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913, que cuidava da proteção de acidentes do trabalho, inspirada na ideia de risco profissional e responsabilidade civil objetiva, e o Decreto 5.516, de maio de 1919, que regulamentou o horário de trabalho em 8 horas diárias e 48 semanais. Aponta que, em 1924, por meio do Decreto 10.415, foram reconhecidas uniões e federações de sindicatos e se fez a primeira referência a convenções coletivas de trabalho, embora estabelecidas para a finalidade de regular relações conflituosas.

O autor anuncia os traços do Estado Novo Corporativo: início com a Constituição de 1933, com inspiração no corporativismo italiano e alternativa ao liberalismo econômico da primeira República; forte intervenção nos sindicatos por meio da Administração do Trabalho e negação da luta de classes; ausência de liberdade sindical e de direito à greve (proibido por Decreto de 1927 e inserido na Constituição – art. 39 – e no Estatuto do Trabalho – art. 9.º); generalização da lei de proteção por acidentes do trabalho (1934); regulamentação dos contratos individuais de trabalho (Lei 1.952, de 1937); eficácia

⁶¹⁶ DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**, p 220-283. Coimbra: Almedina, 2015.

erga omnes das convenções coletivas do trabalho (Decreto-lei 36.173, de 1947, revogado em agosto de 1969 e alterado pelo Decreto 492/1970); manutenção da proibição de greve com previsão de pena de desterro, perda dos direitos políticos e de prisão por até 8 anos pelo descumprimento; revisão constitucional de 1951, que reconheceu o Direito ao Trabalho (art. 8.º).

No período contemporâneo, a partir de 1974, houve avanços em relação à proteção do trabalhador, na seara do Direito Coletivo, assegurando-se o direito à greve e à negociação coletiva, com aprovação do Código de Trabalho de 2003, criação de comissões de trabalhadores para defesa de interesses e intervenção democrática na vida da empresa, liberdade sindical, contratação coletiva e proibição do *lockout*, com a promulgação da Constituição de 1976 (artigos de 55.º a 59.º).

Ainda conforme sua lição, o final dos anos oitenta e a década de noventa foram marcados por uma constante e crescente intervenção legislativa e pela publicação de dois “pacotes laborais”, respetivamente de 1989 e de 1991, que, em certa medida, atenuam o ímpeto de crescente proteção do trabalhador, repondo uma perspectiva mais empresarial da relação de trabalho e enveredando por uma tentativa de maior flexibilização do mercado de trabalho. É dessa fase, aduz, a referida Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, de 1989, aprovada pelo Decreto-lei n.º 64-A/1989, de 27 de fevereiro. E remonta a 1991 a criação de uma nova figura de cessação do contrato de trabalho, motivada em justa causa objetiva, ainda que baseada também em elementos subjetivos, relativos à atuação do trabalhador. Ensina o doutrinador que se trata do despedimento por inadaptação do trabalhador ao respetivo posto de trabalho, que foi aprovado pelo Decreto-lei n.º 400/1991, de 16 de outubro⁶¹⁷.

No denominado período de codificação, o autor expõe que o Código do Trabalho de 2003 (CT/2003) revogou cerca de cinquenta diplomas legais de diferentes épocas e conceções políticas, compilando e reformulando a legislação dispersa que disciplinava as relações laborais. Para ele, o Código do Trabalho situou-se em uma perspectiva personalista, isto é, as pessoas, em particular, os trabalhadores, constituem o fundamento de todas as ponderações. Diz que, independentemente da expressa consagração dos direitos de

⁶¹⁷ Sustenta que o período em apreço foi intitulado por alguns de período da legislação concertada, ficando marcado pela tentativa de adaptação do Direito do Trabalho às novas realidades ditadas pela globalização e pela economia de mercado. Assinala que houve torrente criação legislativa, conquanto dispersa, sem harmonização e sistematização; tais alterações foram levadas a efeito ao sabor de conveniências político-partidárias das diversas conceções político-ideológicas subjacentes à multiplicidade de diplomas existentes.

Destaca que, dessa proliferação de fontes, resultaram múltiplas contradições e dificuldades de interpretação e de aplicação do Direito, bem como, e sobretudo, acentuada inadequação do regime jurídico à vida quotidiana dos trabalhadores e dos empregadores. Nesse contexto de dispersão legislativa, diz, surge o Código do Trabalho de 2003.

personalidade, o CT/2003 revelou uma preocupação em manter equilíbrio entre as necessidades dos trabalhadores e as dos empregadores, tendo presente que sem aqueles não é possível a existência destes e, sem estes, aqueles não existiriam⁶¹⁸.

O autor menciona que, cerca de três anos depois de ter entrado em vigor, o CT/2003 foi alterado pela Lei n.º 9/2006, de 20 de março, quanto ao regime da sobrevivência das convenções coletivas de trabalho e à arbitragem, modificações essas que foram objeto de análise por parte de entidades internacionais, por parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)⁶¹⁹.

Prossegue o autor aduzindo que, a partir daí, começa uma tendência que ainda hoje se mantém e que encerra alguns perigos do ponto de vista dos valores internos do subsistema jus laboral: a da instrumentalização do Direito do Trabalho a finalidades de ordem econômica, cujas medidas extrajurídicas, estranhas ao Direito do Trabalho, ao Direito Civil e muitas vezes contrárias aos direitos fundamentais consagrados na Constituição, foram ditadas por entidades internacionais, tendo como finalidade exclusiva o aumento da competitividade econômica dos Estados.

Assevera que as modificações operadas não determinaram a abolição ou supressão do princípio da proteção do trabalhador, mas evidenciaram o surgimento de uma outra faceta do referido princípio, até então desvalorizada, isto é, referido princípio passa a assumir uma função de proteção do próprio Direito do Trabalho, evidência que se acentuou com a outra reforma do CT/2003, ocorrida em 2008, com vigência em 2009.

⁶¹⁸ Por outro lado, assegura que os sujeitos coletivos têm um papel essencial na adaptação e concretização do Direito do Trabalho, como decorre do Título III. Mantém-se a finalidade de proteção do trabalhador, mas esta é temperada com a necessidade de se garantir maior flexibilidade à gestão empresarial. Por outras palavras, afirma Guilherme Machado Dray: “[...] a modificação legislativa operada pelo CT/2003, que reconheceu, pela primeira vez, o grau de maturidade científica do Direito do trabalho, codificando-o, continuou a ser feita sob o princípio da proteção do trabalhador e este, por sua vez, revelou a sua maturidade dogmática, adaptando-se convenientemente às necessidades de maior flexibilização da relação de trabalho”.

Situa ainda: “O código genético do Direito do trabalho manteve-se e a maleabilidade do seu princípio axiológico-conformador permitiu a adaptação deste ramo do direito aos influxos provenientes do exterior”.

⁶¹⁹ Guilherme Dray discorre sobre o exame da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico - OCDE sobre o CT-2003: “(...) a organização do trabalho deve ser objeto de novas e acrescidas reformas. Mesmo admitindo que algumas das recentes alterações flexibilizaram a EPL e que nem todos os procedimentos legais são, na prática, concretizados, ainda assim será necessário, no futuro, reexaminar as regras existentes, de forma a torná-las mais transparentes, mais eficazes e mais bem adaptadas à realidade. Particularmente relevante é a flexibilização dos procedimentos para despedimento. Apesar de já ser possível invocar para efeitos de despedimento individual, questões de natureza económica, tecnológica ou estrutural, os procedimentos continuam a ser muito pesados. A legislação de proteção do emprego dos trabalhadores contratados em regime de contrato sem termo tem o efeito de reduzir o emprego e de contribuir para a existência [...] Em suma, a OCDE aplaudiu o CT/2003, mas julgou-o insuficiente para efeitos de promoção da competitividade da economia portuguesa”. (In DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**, p 237. Coimbra: Almedina, 2015).

Feita esta digressão histórica, depreende-se que o paradigma da proteção, como classicamente definido e típico da regulação adotada em regimes de *Welfare State*, começou a ser expurgado, por conta da desconstrução do valor do trabalho e desmonte de direitos sociais, resultando na própria crise do Direito do Trabalho. Com efeito, impulsionadas pelo fator predominante da racionalidade econômica imposta pelas políticas neoliberais, as modificações legislativas apresentam a construção de uma moldura de precarização das condições laborais e das condições básicas de pactuação da força de trabalho no mercado.

Assim, a erosão do princípio da proteção é uma das características dessa crise que assola o mundo do trabalho e, por consequência, o próprio Direito do Trabalho, e tais características são motivadas pela crescente desconstrução de uma matriz comunitarista, com o recrudescimento de posições outrora liberais e hoje ultraliberais.

João Leal Amado⁶²⁰, considerando esta erosão do princípio da proteção em Portugal, descreve o quadro que ali se instalou de desestabilização (flexibilização) dos valores atribuídos ao trabalho. Sustenta que o Direito do Trabalho, sob o espírito da “colonização economicista”, transformou-se em variável da política econômica, mostrando-se obcecado por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas, etc.), e, em tal panorama, teve questionada sua axiologia própria (centrada em valores como a igualdade, a dignidade, a solidariedade, etc.), no que foi remetido para o banco dos réus, acusado de irracionalidade regulativa e de criar mais problemas do que os resolver, sendo considerado o grande responsável pelas elevadas taxas de desemprego.

Ressalta que esta dilapidação principiológica foi promovida pelos dois Códigos do Trabalho de Portugal (um aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, e outro, pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro) e pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, em face do cumprimento dos compromissos políticos e econômicos assumidos por aquele Estado. Aduz que essas modificações se assentaram em dois grandes pilares: “o eixo da redução/compressão dos custos empresariais e o eixo da ampliação das faculdades/poderes patronais de gestão da mão de obra”.

Assim, conclui, a lei do trabalho portuguesa passou a consagrar, por exemplo, a regra da prevalência do negociado, ainda que *in pejus*, sobre o legislado, além de multiplicar modalidades atípicas – muitas delas precárias – de trabalho, como contrato a prazo, trabalho

⁶²⁰ AMADO, João Leal - Perspectiva do Direito do Trabalho: um ramo em crise identitária? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região**. Editora: Escola Judicial do TRT da 15.ª Região, n.º 47, jul-dez. 2015. p. 181-202.

temporário, trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, teletrabalho subordinado, comissão de serviço laboral e banco de horas.

O exame dessa literatura permite verificar a denominada crise do Direito do Trabalho, configurada em intensa contestação dos princípios laborais reconhecidos, explícita e implicitamente, no ordenamento jurídico português.

Essa desalentadora moldura se revela no relatório da Organização Internacional do Trabalho, preparado “após consultas com o Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (MTSSS), com o objetivo de rever a situação econômica e do mercado de trabalho” de Portugal, no período de 2008 a 2017, e analisar as perspectivas futuras^{621 622}.

Nesse ambiente de precarização e fragmentação dos trabalhadores, pode-se conceber que o trabalhador venha a se submeter a qualquer condição a fim de ser admitido ou de permanecer no emprego ou continuar trabalhando. Pela lógica do mercado, o empregador, agora invocando o princípio de proteção, poderá requerer o consentimento para ofertar informações privadas, incluindo dados genéticos, sob o pretexto de preocupação com a saúde do trabalhador.

Nesse quadrante, louvando-se mais uma vez nos escólios doutrinários de João Leal Amado, o conhecimento do patrimônio genético do (candidato a) trabalhador possibilita a minimização de custos (e, portanto, maximização de lucro) patronal, de modo que o autor reivindica do Direito do Trabalho, sob a ótica protecionista que lhe é inerente, que se introduzam restrições ao livre jogo da concorrência no mercado laboral, pois o mercado não pode ser livre, senão em nome da dignidade da pessoa humana e da proibição de práticas laborais discriminatórias⁶²³.

⁶²¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT. **Relatório Trabalho Digno em Portugal 2008-18: da crise à recuperação**. Genebra. 2018.

⁶²² Segundo esse documento, não obstante a recuperação da economia e do emprego em Portugal, subsistem preocupações quanto à qualidade dos empregos criados, sendo característica do mercado de trabalho daquele país sua segmentação: “Os contratos temporários afetam de forma desproporcional os trabalhadores mais jovens (15-24) e o recurso a este tipo de contratos passou de menos de 40% em 2000 para mais de 60% no início de 2010 para este grupo etário – um número que se manteve desde então”.

A OIT registra que, em Portugal, é elevada a percentagem de emprego temporário (involuntário), reduzido o volume de transições para contratos permanentes e desiguais as condições de trabalho, consoante os tipos de contrato.

⁶²³ AMADO, João Leal - Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório. In LOUREIRO, André Dias Pereira; BARBOSA, Carla (Coord.) - **Direito da Saúde**. Volume IV. Coimbra: Almedina, 2016, p. 47-60.

1.1.3.2 O avanço da precarização do trabalho no Brasil

Em relação à formação histórica do Direito do Trabalho no Brasil, destaque-se que o país, colonial, possuía economia essencialmente agrícola e seu sistema econômico se baseava em torno da relação escravista de trabalho até o final do século XIX⁶²⁴ ⁶²⁵.

Embora tenha havido muitos avanços⁶²⁶, pode-se afirmar que o atual Texto Fundamental brasileiro ainda é marcado por inconsistências, como a manutenção da unicidade sindical⁶²⁷ e do imposto sindical, figuras que se contrapõem à liberdade coletiva. Mas não se duvida que a Norma Republicana é norteadada pelo princípio da dignidade humana, constituindo-se em importantíssimo mecanismo de garantia dos direitos mínimos do trabalhador, conforme prevê seu artigo 7.º (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”).

Não obstante a ampliação das garantias dos direitos mínimos dos trabalhadores, no Brasil, de forma não diferente, os ideários ultraliberais encontraram forte recepção. A partir de 1990, os temas flexibilização e desregulamentação ganham relevância e incrementam-se políticas supressivas e restritivas dos direitos dos trabalhadores, as quais vieram se concretizar com a chamada “reforma trabalhista”, imposta pela Lei n.º 13.467, de 11 de novembro de 2017.

⁶²⁴ Maurício Godinho Delgado ressalta que, embora se pudesse encontrar a existência de relação de emprego, de produção industrial e de traços de regras jurídicas trabalhistas no período anterior a 1888, o Brasil era marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restando espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justrabalhista. (In DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, 2019. 18.ª ed. rev. e ampliada, p. 126. São Paulo: LTr, 2019).

⁶²⁵ O citado autor explana que o primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no país se dá entre 1888 a 1930. Classifica-o como fase de manifestações incipientes ou esparsas, em que a relação empregatícia se apresentava, de modo relevante, apenas no segmento agrícola cafeeiro de São Paulo e na emergente industrialização que ocorria na capital paulista e no Distrito Federal (Rio de Janeiro). Aponta, ainda, como característica desse período, um tímido movimento operário e uma esparsa e assistemática elaboração legislativa por parte do Estado brasileiro.

⁶²⁶ O mencionado doutrinador denomina de fase de institucionalização do Direito do Trabalho o período de 1930 a 1943, registrando que houve intensa atividade legislativa profissional e protetiva, que foi estruturada em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943. Adverte que, embora construída como “consolidação”, a CLT também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria de um código do trabalho.

Sinala que esse modelo, autoritário e corporativista, permaneceu intocado até a promulgação da Constituição Federal em 1988, instrumento que inaugura nova fase do Direito do Trabalho no país.

⁶²⁷ Unicidade sindical é regra de obrigatoriedade de existência de único sindicato poder representar uma determinada categoria profissional em uma base específica, de índole corporativista, baseada na Declaração III da Carta del Lavoro da Itália de Mussolini. Como se percebe, o artigo 8.º da Constituição da República Brasileira protege a liberdade de associação profissional ou sindical, determinando que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical” (Inciso I), ao tempo em que veda “a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município” (Inciso II).

A este respeito, Maurício Godinho Delgado afirma que o país acolheu o pensamento direcionado à total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a redução direta e indireta dos direitos e garantias laborais. Prossegue a declarar que, mal se iniciara a transição democrática do Direito do Trabalho (já guardando, em si mesma, algumas contradições), uma proposta de desarticulação radical desse ramo jurídico especializado é associada, enquadramento em que a maturação do processo democratizante é comprometida em face ao assédio da proposta extremada de pura e simples desarticulação de todo o ramo jurídico protetivo⁶²⁸.

Citem-se como exemplo dessa desarticulação protetiva, assim como da conceção de falta de efetividade do Direito do Trabalho, algumas das alterações/supressões implementadas na CLT⁶²⁹.

Sobre esta malsinada “reforma”, a Organização Internacional do Trabalho apresentou relatório em que fez duras críticas aos impactos dela derivados⁶³⁰. Com efeito, a OIT ofertou contundentes críticas às alterações legislativas promovidas pela Lei n.º 13.467/2017⁶³¹.

⁶²⁸ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de Direito do Trabalho**, 2019. 18.^a ed. rev. e ampliada. São Paulo: LTr, p. 76.

⁶²⁹ Entre essas alterações/supressões: eliminação das horas de trajeto (artigo 58, § 2.º; revogação do § 3.º deste artigo); autorização para que seja firmado acordo individual escrito a fim de se estipular o labor em 12x36 horas (artigo 59-A); caráter indenizatório do intervalo para repouso e alimentação (artigo 71, § 4.º); restrições aos danos moral e material (artigos 223-A a 223-G); permissão do trabalho de mulheres grávidas em locais considerados insalubres nos graus mínimo e médio (artigo 394-A, II); estímulo à contratação sem vínculo empregatício formal (artigo 442-B); trabalho intermitente (artigos 443 e 452-A a 452-H); criação da figura do empregado mais qualificado e melhor remuneração (artigo 444, parágrafo único); obstáculos ao reconhecimento de equiparação salarial entre empregados (artigo 461); abolição da homologação das rescisões de contrato de trabalho (artigo 477).

⁶³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo, 108.ª reunión. Aplicación de las normas internacionales del trabajo. 2019.** [Em linha]. Informe de la Comisión de Expertos em Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22, 23 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte A). Ginebra: OIT. [Consult. 2 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_670148.pdf.

⁶³¹ Para não se estender, pontuam-se estes específicos dois registros.

Ao texto imprimido pela Lei n.º 13.467/2017 ao artigo 444 da CLT, a Comissão de Peritos enfatizou que as disposições legislativas que permitam que os contratos de trabalho contenham cláusulas contrárias àquelas constantes das convenções aplicáveis (os contratos de trabalho individuais sempre podendo conter cláusulas mais favoráveis aos trabalhadores) são contrárias à obrigação de promover a negociação coletiva prescrita pelo art. 4º da Convenção. Nesse particular, sugeriu ao Governo brasileiro a revisão da novel redação.

Sobre o modelo de prevalência do negociado sobre o legislado, após análise sobre a consonância das novas regras com a Convenção n.º 98, da qual o Brasil é signatário, a Comissão consignou que, malgrado disposições legislativas pontuais sobre aspetos específicos das condições de trabalho possam prever, de maneira circunscrita e motivada, a possibilidade de derrogá-las pela via da negociação coletiva, uma disposição que instituisse a possibilidade de derrogar genericamente a legislação trabalhista por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promover a negociação livre e voluntária prevista pela referida Convenção. A Comissão considerou que essa circunstância pode afetar o objetivo e a atratividade do mecanismo de negociação coletiva do país ou, pelo menos, modificar significativamente a perceção deste último pelas partes interessadas e comprometer sua promoção e seu exercício.

E não poderia ser diferente.

Após quatro anos da aprovação da “reforma”, ao contrário do que se propalou, não se percebe que ela tenha surtido efeitos positivos, na medida em que houve significativo aumento do número de trabalhadores sem carteira assinada e da população chamada de subocupada (disponível para trabalhar mais horas), não se percebendo melhora significativa nas oportunidades de emprego e na economia em geral⁶³².

Impende salientar que as mudanças foram questionadas em diversas ações no Supremo Tribunal Federal, e esta Corte ainda não analisou de forma definitiva esses temas. Entre aqueles analisados destacam-se o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, declarada constitucional (ADIs 5794, 5806, 5810, 5811, 5813, 5815, 5850, 5859, 5865, 5885, 5887, 5888, 5892, 5900, 5912, 5913, 5923, 5945 e 5950)⁶³³, e permissão do trabalho de

Desse modo, o Colegiado solicitou ao Governo brasileiro que adotasse, em consulta com os parceiros sociais representativos, as medidas necessárias para rever a redação dos artigos 611-A e 611-B da CLT, “a fim de enquadrar com mais precisão as situações em que as cláusulas podem ser negociadas e excepcionar a legislação, bem como o escopo desta”. Assim, pediu informações sobre qualquer progresso nesse sentido e sobre a evolução do número de instrumentos coletivos “concluídos no país, bem como em relação ao número, conteúdo e escopo das cláusulas derogatórias à legislação incluída em tais acordos e convenções”.

⁶³² Jorge Luiz Souto Maior enumera os efeitos que a nova legislação promoveu na vida dos trabalhadores e trabalhadoras, no aspecto econômico-financeiro e no contexto social: 1. aumento do desemprego, que chegou a 12,7% em abril de 2019, atingindo 13,4 milhões de pessoas; 2. o número de pessoas com carteira assinada tem se mantido praticamente estável, atualmente na faixa de 32,9 milhões de pessoas, isto é, sem aumento considerável, e isto considerando o patamar de 2015, que já trazia a perda de 4 milhões de empregos formais com relação a 2014, sendo que entre os jovens até 24 anos o que se mantém é o fechamento de vagas em número cada vez maior; 3. número recorde de desalentados (4,8 milhões); 4. elevação da informalidade (11,1 milhões); 5. aumento da precariedade; 6. redução, na ordem de 34%, do acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho; 7. aumento do sofrimento no trabalho; 8. piora generalizada das condições de trabalho, com aumento do número de acidentes do trabalho, isso em um país em que já se verificava a marca de 700 mil acidentes do trabalho por ano e que já ostentava o posto de quarto país do mundo em número de mortes por acidentes do trabalho; 9. diminuição dos direitos e ganhos normativos dos trabalhadores, com redução da média salarial, fazendo com que a renda média do brasileiro caísse. A inflação em 2018 foi da ordem de 4% e a “elevação” do salário, em 2018, na média, foi da ordem de 2,9%; 10. diminuição do consumo; 11. endividamento das famílias; 12. redução da arrecadação tributária e previdenciária; 13. ampliação do déficit da Previdência; 14. majoração do déficit público em geral; 15. aumento da miséria; 16. aumento da desigualdade social, sendo que, precisamente, já se chegou, aqui, no último período, ao resultado de que a renda dos 1% mais ricos foi 36 vezes superior à média dos mais pobres, sendo que nem mesmo esse acúmulo fica no país, já que os ricos aumentaram, de forma recorde, o volume de suas remessas ao exterior; 17. fragilização dos sindicatos. Elevação da quantidade de brasileiros e brasileiras conduzidos à pobreza extrema (ou para abaixo da linha da pobreza), chegando-se ao número de 54,8 milhões de pessoas com renda domiciliar por pessoa inferior a R\$ 406 por mês. (In MAIOR, Jorge Luiz Souto - **A “reforma” trabalhista gerou os efeitos pretendidos.** [Em linha]. BLOG. 12/05/2019. [Consult. 3 nov. 2019]. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-gerou-os-efeitos-pretendidos#_edn4).

⁶³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. **Notícias do STF.** 29/6/2018. [Em linha]. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>.

mulheres grávidas em locais considerados insalubres nos graus mínimo e médio, a qual foi declarada inconstitucional⁶³⁴.

É este o desalentado e atual quadro no Brasil, no que se refere à questão trabalhista. Em decorrência desse avanço da precarização do trabalhador e, por consequência, pelo descumprimento de várias Convenções da Organização Internacional do Trabalho que assinou, em especial a Convenção n.º 98, o país foi incluído na “lista suja” da organização, integrando-a ao lado dos seguintes países: Turquia, Etiópia, Iraque, Líbia, Myanmar, Nicarágua, Tajiquistão, Uruguai, Iêmen, Zimbábue, Argélia, Bielorrússia, Bolívia, Cabo Verde, Egito, El Salvador, Fiji, Honduras, Índia, Cazaquistão, Laos, Filipinas e Sérvia⁶³⁵.

1.2 Trabalho digno no Estado de Direito Democrático

No curso da história, o Direito do Trabalho promove os ideais de justiça social e cidadania, ambos vinculados ao pilar maior do respeito à dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado de Direito Democrático. Esta estreita conexão entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana dá-se pela necessária tutela jurídica das relações laborais, de tal sorte que os meios de subsistência, a integração social e a emancipação coletiva dos trabalhadores ocorram sob o pálio do direito fundamental ao trabalho digno. Assim, compete ao Direito do Trabalho normatizar a proteção do sujeito trabalhador e encontrar meios de não permitir a mercantilização do trabalho. Dessa forma, o Direito do Trabalho se constitui em uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética aglutina os conceitos de dignidade, cidadania e justiça social⁶³⁶.

Refletindo acerca da aflição dos trabalhadores na busca de uma rede de proteção social por meio do trabalho, Noemia Porto⁶³⁷ aduz que os trabalhadores, na medida em que dispersos, perdem a força das reivindicações coletivas e, em consequência, ficam compelidos à aceitação de qualquer ocupação no mercado de trabalho. Sustenta ainda que, para a retirada do trabalhador dessa condição de precariedade, é imprescindível a sua inserção

⁶³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres. **Notícias do STF**. 29/5/2019. [Em linha]. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>.

⁶³⁵ GALVANI, Giovanna - Reforma trabalhista faz Brasil entrar na ‘lista suja’ da OIT novamente. **Carta Capital**. [Em linha]. 11/6/2019. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/mundo/reforma-trabalhista-faz-brasil-entrar-na-lista-suja-da-oit-novamente/>.

⁶³⁶ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos - Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos, p. 199-200. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 79, n.º 2, abr/jun. 2013. Lex Editora S/A.

⁶³⁷ PORTO, Noemia - **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013. p. 159-160.

num estatuto adequado de garantias. Para tanto, inspira-se no artigo XXIII, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual assegura que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Prossegue a citada doutrinadora refletindo sobre a garantia de pleno emprego – assegurada na Constituição da República do Brasil⁶³⁸ –, sustentando que esta plenitude não deve significar apenas a disponibilidade quantitativa de emprego, mas, também, “a oferta de trabalho protegido, num contexto de dignidade, e também a construção de alternativas de inclusão àqueles que, embora trabalhadores, não se afiliam ao sistema de emprego”. Em outras palavras, tendo como premissa que o trabalho é critério essencial da vida humana⁶³⁹, ousa-se acrescentar que não basta ter trabalho: este trabalho tem de ser digno e inclusivo.

Assinale-se que a OIT, ao enunciar os seus princípios fundamentais, em 1944, por meio da Declaração da Filadélfia, destaca o primeiro deles (item I, alínea *a*) com a afirmativa de que “o trabalho não é uma mercadoria”⁶⁴⁰. Veja-se que, se o trabalho – longe de ser mercadoria – é um direito fundamental, corolário lógico é que este trabalho deve pautar-se na valorização da dignidade da pessoa humana.

Ressalta Gabriela Neves Delgado⁶⁴¹ que a Constituição da República do Brasil, quando se refere ao direito ao trabalho, compreende que este trabalho deve ser digno. Aduza-se, ainda, a total incoerência e impossibilidade de assim não ser, pois, se a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1.º, III), seria um contrassenso admitir-se trabalho em situação em que não se respeitasse a dignidade do trabalhador.

Analisando os postulados da OIT, do plano nacional de emprego (do Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil) da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da

⁶³⁸ O artigo 170, VIII, da Constituição da República, no Capítulo I, do Título VII, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, inclui entre esses princípios a busca do pleno emprego.

⁶³⁹ BATALIA, Felice - **Filosofia do Trabalho**. Tradução: Luiz Washington Vita e Antônio D’Elia, p. 27. São Paulo: Saraiva, 1958.

⁶⁴⁰ Segundo Gabriela Neves Delgado, um dos marcos da democracia social no mundo contemporâneo, nas principais economias capitalistas ocidentais, é justamente a afirmação do trabalho digno. De fato, onde o Direito do Trabalho e a conseqüente garantia dos direitos fundamentais de indisponibilidade absoluta não prevalecer, não haverá dignidade humana. Portanto, é pelo trabalho digno que o homem encontra sentido para a vida e “nesse contexto, o Direito do Trabalho é o principal instrumento de desmercantilização do labor humano na economia capitalista, favorecendo esse trabalho com regras superiores aos simples imperativos do mercado”. (IN DELGADO, Gabriela Neves - **Direitos Humanos dos Trabalhadores: Perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário**, p. 70. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 77, n.º 3, jul/set., p. 67).

⁶⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves - **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 209. São Paulo: LTr, 2006.

República (do Brasil), Thiago Vilela Dania⁶⁴² conclui que o conceito de trabalho digno exige aspetos específicos, entre eles, liberdade de escolha (evidentemente vedado o trabalho forçado); trabalho realizado com proteção à saúde do trabalhador; jornada de trabalho que não impeça o lazer; salário justo e suficiente a um padrão de vida adequado para o trabalhador e a sua família; respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais e trabalho livre de todas as formas de discriminação, propiciando uma vida digna.

Pode-se, então, afirmar: não basta o trabalho em qualquer condição; não se pode admitir o trabalho humano que venha a afrontar a dignidade do trabalhador. Exemplificando: pelo trabalho não se concebe a sujeição voluntária ao labor em condições degradantes ou análoga à escravidão. Por uma maior remuneração, não se justifica uma jornada exaustiva, insalubre, em condições perigosas, que ponham em risco à integridade física ou psíquica do trabalhador.

Nessa medida, se não é digno o trabalho que exponha o trabalhador a condições degradantes, perigosas – sob os aspetos físicos ou psíquicos – também não o é aquele em que o trabalhador tenha ou venha a ter a sua intimidade exposta, como é o caso dos testes genéticos aplicados ou que se pretenda aplicar, em virtude do potencial tratamento discriminatório.

1.2.1 “Trabalho decente” segundo a OIT

“Trabalho decente”, como se nota, envolve, primeiramente, o reconhecimento do trabalho como valor central, atividade que propicia, como centralidade, meios efetivos para o alcance de condições dignas de vida. Vai-se além da geração de ocupação e renda. Nessa perspetiva, não basta que se promova a criação de frentes de trabalho: envolve ações de segurança e saúde no trabalho, combate à discriminação, ou seja, igualdade de oportunidades e de tratamento no trabalho, condições vinculadas ao objeto desta pesquisa⁶⁴³. Segundo Lais Abramo⁶⁴⁴, ex-Diretora da Organização Internacional do Trabalho no Brasil, este conceito,

⁶⁴² DANIA, Thiago Vilela - Viver para trabalhar ou trabalhar para viver? Uma análise do conceito de trabalho digno na canção “Construção”, de Chico Buarque de Holanda, p. 63-65. In DELGADO, Gabriela Neves [et al] - Coord. **Direito Constitucional do Trabalho**. Princípios e Jurisdição Constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015.

⁶⁴³ 1. Oportunidades de emprego; 2. Rendimentos adequados e trabalho produtivo; 3. Jornada de trabalho decente; 4. Conciliação entre trabalho, vida pessoal e familiar; 5. Trabalho a ser abolido; 6. Estabilidade e segurança no trabalho; 7. Igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego; 8. Ambiente de trabalho seguro; 9. Seguridade social; 10. Diálogo social e representação de trabalhadores e de empregadores no Contexto Socioeconômico.

⁶⁴⁴ ABRAMO, Lais Abramo - **O conceito de trabalho decente e sua agenda**. [Em linha] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Trabajo Decente. [Consult. 3 Out. 2019].

formalizado pela OIT em 1999, consiste em “promover oportunidades para que homens e mulheres possam conseguir um trabalho produtivo e de qualidade em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana”.

Com vistas a se atingir esses objetivos, englobam-se quatro eixos, a saber: a) respeito às normas internacionais do trabalho, notadamente os princípios e direitos fundamentais adotados pela OIT em 1998; b) promoção de emprego de qualidade para homens, mulheres, pessoas com deficiência, migrantes; c) extensão da proteção social; d) promoção e fortalecimento do tripartismo e do diálogo social^{645 646}.

Consoante se percebe, é necessária a geração de “trabalho decente” como mecanismo de combate à pobreza, de redução das desigualdades sociais, de garantia da governabilidade democrática e do desenvolvimento sustentável. Esta é considerada como prioridade política, também, por vários governos, órgãos e entidades internacionais. Exemplo disso é a Resolução Final da Assembleia Geral da ONU, realizada em setembro de 2005, na qual restou definido o “trabalho decente” como um objetivo nacional e internacional⁶⁴⁷.

Disponível em <http://docplayer.com.br/8958592-O-conceito-de-trabalho-decente-e-sua-agenda-lais-abramo-diretora-do-escritorio-da-oit-no-brasil.html>.

⁶⁴⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Relatório Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015.** [Em linha]. Brasília, 2006. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em <http://multimedia.curitiba.pr.gov.br/2011/00093047.pdf>.

⁶⁴⁶ Leonardo Vieira Wandelli acentua que o conceito de trabalho decente da OIT parece insuficiente, pois deixaria de abordar elementos essenciais, em quatro pontos: a) não deveria se limitar à Declaração de Direitos Fundamentais da OIT (1998), carecendo da inclusão de outros conteúdos mínimos da própria OIT e outros documentos internacionais; b) necessidade de abordagens “quanto a níveis elementares do direito ao conteúdo do próprio trabalho, aí compreendido o direito a uma atividade laborativa e a uma organização do trabalho saudável”; c) ausência de abordagem sobre a participação dialogada e democrática na própria organização do trabalho, na qual ainda reina o princípio autoritário-proprietário; d) ausência de previsão de proteção em face dos riscos sociais.

Embora se entenda compreensível a preocupação do referido autor, dela diverge-se em parte, haja vista que a pretensão da OIT foi fixar um padrão mínimo a ser ampliado de acordo com as peculiaridades regionais e as demais condições socioeconômicas. (In WANDELLI, Leonardo Vieira - **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** 2012. São Paulo: LTr, p. 234-235).

⁶⁴⁷ “Apoiamos firmemente uma globalização justa e resolvemos fazer com que os objetivos do emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos, especialmente para as mulheres e os jovens, sejam uma meta fundamental das nossas políticas nacionais e internacionais e de nossas estratégias nacionais de desenvolvimento, incluindo as estratégias de redução da pobreza, como parte de nossos esforços para atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.” (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Agenda Nacional do Trabalho Decente.** [Em linha]. Brasília, 2006. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf.)

Do mesmo modo, esses objetivos foram estampados na IV Cúpula das Américas⁶⁴⁸, realizada em 6 de junho de 2006, ocasião em que foi assinada a Declaração e o Plano de Ação de Mar del Plata⁶⁴⁹.

Relevante o teor da Agenda Nacional do Trabalho Decente, lançada em maio de 2006, que enumera, entre outros, o objetivo de “gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento”⁶⁵⁰.

Portanto, percebe-se, consoante exorta Guilherme Machado Dray, o trabalhador tratado dignamente adquire as condições necessárias para se afirmar como pessoa livre e independente, que pode exercer de forma plena a sua cidadania, determinar o tipo de vida que quer viver e dar azo, nesse sentido, ao princípio da igualdade material de oportunidades⁶⁵¹.

Segundo a OIT, o trabalho decente se constitui em um conceito central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pelas Nações Unidas, em especial o ODS 8, que busca “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos”. Os principais aspectos de trabalho decente também foram incluídos nas metas de muitos dos outros ODS da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável⁶⁵².

⁶⁴⁸ Trata-se de evento promovido periodicamente pela Organização dos Estados Americanos (OEA), com a participação dos Chefes de Estado do Continente Americano, cujo objetivo é o alcance de um maior nível de cooperação econômica entre esses países.

⁶⁴⁹ Em tal Plano, afirmou-se o compromisso de combater a pobreza, a desigualdade, a fome e a exclusão social, como forma de melhorar as condições de vida dos povos de toda a América, estatuindo, em seu item 1: “Conferimos ao direito ao trabalho, tal como está estipulado nos instrumentos de direitos humanos, um lugar central na agenda hemisférica, reconhecendo assim o papel essencial da criação de trabalho decente para a realização desses objetivos”. Seu item 21 aborda que esse compromisso consiste nisto: “Implementar políticas ativas que gerem trabalho decente e criem condições de emprego de qualidade, que dotem as políticas econômicas e a globalização de um forte conteúdo ético e humano, que coloquem a pessoa no centro do trabalho, da empresa e da economia. Promoveremos o trabalho decente, ou seja, os direitos fundamentais no trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social”. (In ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS-ALCA. Quarta Cúpula das Américas. **Declaração de Mar del Plata**. [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em http://www.summit-americas.org/Documents%20for%20Argentina%20Summit%202005/IV%20Summit/Declaracion/Declaracion_POR%20IV%20Cumbre-rev.1.pdf.)

⁶⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Agenda Nacional do Trabalho Decente**. [Em linha]. Brasília, 2006. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf.

⁶⁵¹ DRAY, Guilherme Machado - **O princípio de proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 886.

⁶⁵² Agenda 2030 corresponde a um conjunto de programas, ações e diretrizes que orientarão os trabalhos das Nações Unidas e de seus países membros rumo ao desenvolvimento sustentável. Os ODS (Objetivo de Desenvolvimento Sustentável) são o cerne da Agenda 2030 e sua implementação ocorrerá no período 2016-2030. Essa agenda teve início em 2013 e foi adotada durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável em setembro de 2015, composta por 17 objetivos e 169 metas a serem atingidos até 2030.

Em última instância, a relevância de se promover a dignidade humana do trabalhador é condição essencial para a própria sustentabilidade do capitalismo.

Ressalte-se, por oportuno, que as condições do denominado “trabalho decente” não se aplicam apenas àqueles que possuem emprego regular, estável, protegido e no setor formal, mas também aos trabalhadores informais, que se encontram à margem do mercado de trabalho estruturado.

1.2.2 Convenções e Resoluções da OIT

Com vistas à definição de “trabalho decente”, enfocam-se as oito convenções e recomendações que fazem parte da Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, adotada em junho de 1998: liberdade de associação e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de trabalho forçado, abolição efetiva do trabalho infantil e eliminação de todas as formas de discriminação no emprego e na ocupação⁶⁵³.

Relevante assinalar que o Brasil ratificou a Convenção 189 da OIT, que trata do Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (n.º 189), por meio do Decreto Legislativo 172, de 4 de dezembro de 2017, bem como a Recomendação sobre o Trabalho Doméstico Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (n.º 201), da Organização Internacional do Trabalho. Nessa esteira, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 72, em 2 de abril de 2013, para “estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”, como a semana de trabalho de no máximo 44 horas. Ainda nesse âmbito da consolidação de igualdade de oportunidades e não discriminação, foi promulgada a Lei Complementar n.º 150, de 1.º de junho de 2015, que, dentre outras coisas, proibiu o trabalho doméstico para menores de 18 anos e instituiu jornada de trabalho de no máximo oito horas por dia, direito a férias remuneradas, multa por dispensa injustificada, acesso à proteção social.

⁶⁵³ A essa Declaração podem ser relacionados os seguintes instrumentos normativos da OIT: Convenção sobre o trabalho forçado, 1930 (n.º 29), e a Recomendação sobre a imposição indireta do trabalho, 1930 (n.º 35); Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, 1948 (n.º 87); Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949 (n.º 98); Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957 (n.º 105); Convenção sobre igualdade de remuneração, 1951 (n.º 100), e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1951 (n.º 90); Convenção sobre discriminação (emprego e ocupação), 1958 (n.º 111), e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1958 (n.º 111); Convenção sobre a idade mínima, 1973 (n.º 138), e a Recomendação sobre o mesmo tema, 1973 (n.º 146); Convenção sobre a proteção à maternidade, 2000 (n.º 183), e a Recomendação sobre o mesmo tema, 2000 (n.º 191). Tais Convenções e Recomendações podem ser encontradas no sítio da OIT. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas Internacionais de Trabalho**. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>.

1.3 Perspetivas para o Direito do Trabalho na contemporaneidade

O Direito do Trabalho, surgido na segunda metade do século XIX, cresceu e se consolidou nas sete primeiras décadas do século XX e vem cumprindo um notável papel de agente de transformação social, mediante seus postulados civilizatórios e democráticos, além de continuar a ser “um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes da sociedade contemporânea, a relação de emprego”⁶⁵⁴. Entretanto, como se viu, a mudança do sistema capitalista de produção, que ocorreu nas últimas três décadas do século XX, causou significativo impacto sobre o mundo do trabalho e, por consequência, no Direito do Trabalho, indicando tendências que viriam a se concretizar a partir do início do século XXI.

Quatro tendências que se anunciavam no último quarto do século XX viriam a se concretizar já no início do século XXI, impactando e transformando as esferas políticas, econômicas, sociais, culturais e, também, o mundo laboral: a globalização, uma constante renovação tecnológica, a persistente hegemonia do setor financeiro no conjunto da economia e a desproporcional influência do ideal ultraliberal (ou neoliberal) nas sociedades e economias ocidentais⁶⁵⁵.

Nesse contexto, um dos principais efeitos da globalização econômica, além de proporcionar a ampliação das desigualdades, em relação aos denominados países periféricos ou em desenvolvimento, é o ataque aos direitos sociais, o qual, no caso do Direito do Trabalho, se materializa na desregulamentação ou na flexibilização dos direitos dos trabalhadores, fruto de conquista centenária.

Essa constatação é ratificada pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, ao afirmar que, segundo a filosofia neoliberal, o crescimento e a estabilidade da economia fundamentam-se na “redução dos custos salariais, para o que é necessário liberalizar o mercado de trabalho”, reduzindo direitos, proibindo a indexação salarial aos ganhos de produtividade e aos índices de custo de vida e impedindo o impacto inflacionário nos reajustes salariais. Assim, a “nova pobreza globalizada não resulta da falta de recursos

⁶⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho - Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e **Direito do Trabalho**, p. 84. São Paulo: LTr, 2012.

⁶⁵⁵ Segundo Maurício Godinho Delgado, apesar disso, o Direito do Trabalho e suas funções mantêm-se presentes e válidos nesse contexto contemporâneo. Isso porque tanto a globalização quanto a renovação tecnológica são fenômenos que vêm demonstrando as tendências desigualitárias do capitalismo “além de aprofundado seus aspectos irracionais, provocadores de crises reiteradas”, o que exige, como medida fundamental para a sua própria existência, a regulação do sistema econômico e social. E, entre essas necessárias políticas e medidas regulatórias, ganha especial destaque o Direito do Trabalho. (In DELGADO, Maurício Godinho - Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e **Direito do Trabalho**, p. 85-86. São Paulo: LTr, 2012).

humanos ou materiais, mas tão só do desemprego, da destruição das economias de subsistência e da minimização dos custos salariais à escala mundial”⁶⁵⁶.

Diante desse contexto e atenta a esta realidade produzida pela globalização econômica, a OIT, por ocasião da 97.^a Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 2008, aprovou a “Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa”, conclamando os Estados membros a colocarem em prática as normas internacionais de trabalho, elegendo o pleno emprego produtivo e o trabalho decente como elementos centrais das políticas econômicas e sociais, por meio de quatro objetivos estratégicos: a) promover o emprego criando um arcabouço institucional e econômico sustentável; b) adotar e ampliar medidas de proteção social (seguridade social e proteção dos trabalhadores), sustentáveis e adaptadas às circunstâncias nacionais; c) promover o diálogo social e o tripartismo como os métodos mais apropriados; d) respeitar, promover e aplicar os princípios e direitos fundamentais no trabalho⁶⁵⁷.

Em relação ao Brasil, em preparação para a comemoração dos 100 anos de sua existência, realizada na 108.^a Conferência Internacional do Trabalho, a OIT promoveu uma série de eventos para a discussão do futuro do trabalho no país⁶⁵⁸, o que resultou no intitulado documento Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites.

Esse estudo apontou para a substituição do emprego formal por formas atípicas de contratação, para a alta informalidade e para o aumento do desemprego, aliada aos desafios apresentados pelo teletrabalho, pelo trabalho intermitente, pela subcontratação, salientando a necessidade de adoção de sistemas regulatórios, fiscais e de proteção social no país. Apontou, ainda, para as dificuldades nas formas de representação dos trabalhadores e os desafios para as negociações coletivas no Brasil, inclusive pelo atual *déficit* de participação dos sindicatos⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa - Os processos de globalização. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências sociais**, p. 35. 3.^a ed. São Paulo: Cortez, 2005.

⁶⁵⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Curso de Direito do Trabalho**, p. 315. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁵⁸ Os estudos levaram em consideração os seguintes temas: (1) A Organização do Trabalho e da Produção; (2) Trabalho e Sociedade - Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Oportunidades para o Futuro do Trabalho; (3) Trabalho Decente para Todos; e (4) Novas Formas de Governança para o Futuro do Mundo do Trabalho: Desafios e Possibilidades para Novas Regras do Jogo. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites**. [Em linha]. Brasil: OIT. 2018. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/--ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf).

⁶⁵⁹ O Documento registra a necessidade de criação de novos mecanismos de proteção dos trabalhadores e de seguridade social, adaptados à multiplicidade de formas de trabalho e contratação existentes, diminuindo, assim, a desproteção dos trabalhadores sem vínculo empregatício e de trabalhadores autônomos.

Ainda, ficou ressaltada a promoção de maior harmonização dos procedimentos e das atribuições entre os órgãos responsáveis pela proteção e garantia do Direito do Trabalho (em especial a Justiça do Trabalho, a

Por outro lado, quanto à hegemonia econômica do setor financeiro, apesar de causar enfraquecimento na curva tendencial de geração de empregos, não possui caráter absoluto e não elimina a existência de outros ramos da economia. Ademais, por se tratar de questão conjuntural pode, em razão das políticas públicas adotadas pelos Estados, ser passível de modificação.

Adota-se posição de que o maior risco se encontra na influência do exacerbado ideário liberalista, que aqui se prefere rotular de ultraliberal⁶⁶⁰ e que reúne cotidianos discursos e argumentos voltados contra a centralidade do trabalho subordinado, gerando o seu desprestígio, apontando para uma crescente mercantilização do trabalho e elegendo o Direito do Trabalho como alvo preferido de críticas. Todavia, essas práticas mercantis têm-se tornado um dos componentes responsáveis pelas acentuadas e reiteradas crises econômicas e sociais nos países que abraçam esta ideia.

Releva ponderar ser perverso e falacioso o discurso de que a supressão e a flexibilização dos direitos trabalhistas (materiais e processuais) são necessárias para gerar empregos. Este argumento não passa de indisfarçável discurso para que o conglomerado econômico (principalmente o sistema financeiro, nacional e internacional) aumente cada vez mais seus lucros, distribuídos a poucos em detrimento de muitos⁶⁶¹.

Nesse quadrante, o que se observa, em verdade, é que o caráter protetivo do Direito do Trabalho se revela descaracterizado, assistindo-se a rápido processo de deterioração generalizada das condições de trabalho e de vida do trabalhador, com acintoso recrudescimento do desemprego estrutural e/ou do subemprego, bem como no aumento de irregularidades trabalhistas.

Porém, é preciso ultrapassar-se esta dissimulação. Com este fito, Noemia Porto se reporta à necessidade de regulação não mercantil das relações do trabalho como fator preponderante de preservação da democracia, devendo o Estado ser capaz de amortecer os impactos causados pela flexibilização do mercado mundial, acentuando-se o papel do Poder Judiciário Trabalhista como centro de garantia do direito do e ao trabalho e como vetor de

Secretaria de Inspeção do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho), além da conexão desses órgãos com outras instâncias governamentais responsáveis pelo bem-estar dos trabalhadores.

⁶⁶⁰ Uma das características que diferem o liberalismo clássico do ultraliberalismo é que esse último abandonou os valores éticos e morais, adotando, tão somente, postulados matemáticos e financeiros em suas práticas.

⁶⁶¹ Na esteira da lição de Noemia Porto, mesmo o paradoxo vivencial entre pujança e miséria parece não ter força suficiente para refrear o senso comum que se intensifica em torno da ideia de que o desenvolvimento econômico, desembaraçado da regulação estatal, é que poderá propiciar bem-estar para todos. (In PORTO, Noemia - **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**, p. 152. São Paulo: LTr, 2013).

concretização do princípio da proteção⁶⁶². Além disso, todas as partes interessadas devem assumir a responsabilidade de construir um futuro do trabalho que seja justo e equitativo⁶⁶³.

Apesar dessas tendências, subsiste a importância do Direito do Trabalho, pois, no curso dos últimos 150 anos, não se construiu outro mecanismo capaz de desempenhar suas funções, com a eficiência, a agilidade e o equilíbrio necessários a assegurar a subordinação da propriedade à sua função social, a moderar o exercício do poder no mundo do trabalho e a garantir a preservação da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho⁶⁶⁴.

⁶⁶² PORTO, Noemia - **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**, p. 153. São Paulo: LTr, 2013.

⁶⁶³ Segundo conclama a Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho da OIT: “A adoção de medidas urgentes para fortalecer o contrato social em cada país requer que se aumente o investimento nas capacidades das pessoas e nas instituições do trabalho, e aproveitar as oportunidades a favor do trabalho digno e sustentável. Os países precisam de estabelecer estratégias nacionais sobre o futuro do trabalho através do diálogo social entre os governos e as organizações de trabalhadores e empregadores”. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO-OIT. **Trabalhar para um Futuro Melhor**. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho. [Em linha]. Lisboa: OIT, 2019. Tradução: OIT-Brasília (revista). [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf.)

⁶⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho - Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da pessoa humana, Justiça social e **Direito do Trabalho**. In: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: LTr, 2012. p. 87-88.

Capítulo 2 – Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação

2.1 Conceito e classificação

2.1.1 Conceitos

A ideia de igualdade é objeto de estudo desde os pensadores gregos, passa pelos ideais da Revolução Francesa e pelos regimes jurídicos contemporâneos. Concebida no contexto de cada processo histórico da humanidade, o paradigma da igualdade fundada no idêntico tratamento da lei a todos se mostra insuficiente, na medida em que refuta a existência de desigualdade das pessoas. Não se controverte que existem diferenças de variadas ordens (cultural, biológica, econômica). Todavia, não se duvida que a humanidade seja uma só e esta condição sinaliza para a igualdade de todos. Isso não significa pressupor que se esteja diante de um grupo de seres humanos homogêneos e idênticos entre si, como parece supor a ideologia liberal. Na esteira do que defendem Fernanda Frizzo Bragato e Bianca Adamatti, pressupõe-se a existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, em vez de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas⁶⁶⁵. Portanto, sob a análise histórica dos direitos fundamentais, que busca identificá-los a partir de uma classificação dividida em dimensões, nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação pode servir de base para acreditar-se que alguém é superior aos demais⁶⁶⁶.

De facto, a igualdade reside no tratamento equitativo que deve ser dispensado aos seres humanos na proporção dessas diferenças. Supera-se, portanto, o conceito de igualdade que vigorou no Estado Liberal e que gerou profundas injustiças, exploração e completa ausência de fraternidade, tornando-se critério de exclusão social. Sobreleva-se a isonomia na perspectiva da sociedade contemporânea, regida pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, pelo constitucionalismo social, que tem como primado maior a dignidade do ser humano. Este contexto diz respeito à igualdade sob o viés material, que, em essência, significa dar tratamento diferenciado a situações concretas dissemelhantes, de forma a evitar o aprofundamento das desigualdades existentes na sociedade⁶⁶⁷.

A conceção de igualdade formal, que perdurou em determinado momento histórico reclama substituição por uma igualdade real e substantiva, como corolário

⁶⁶⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianca - Igualdade, não discriminação e direitos humanos. São legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. Ano 51, n.º 204, out./dez., 2014, p. 91-108. [Consult. 12 Abr. 2019]. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri/v51_n204_p91.pdf.

⁶⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 1. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁶⁷ DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 136.

lógico à superação das injustiças produzidas por aquela ultrapassada concepção de igualdade. Sustenta Sandra Fredman⁶⁶⁸ que “a igualdade substantiva nasce da decepção e frustração com os limites da igualdade formal”. Discorrendo sobre a igualdade formal a citada autora afirma que esta é baseada em concepção aristotélica de que iguais devem ser tratados igualmente. Todavia parte da premissa de que os indivíduos devem ser tratados, “com base no seu mérito próprio, ao invés de atributos baseados em características irrelevantes, como raça, cor, sexo, casta ou outros *status* análogos”.

Para Sandra Fredman a experiência com a igualdade formal resultou na persistência das desigualdades, apontando as cinco principais características deste conceito. A primeira delas é a suposição de que o indivíduo pode ser abstracto do seu sexo, raça ou qualquer outro *status*. A segunda é o desprezo às desigualdades antecedentes e que não podem deixar de ser enfrentadas. A terceira característica é a premissa da existência de um indivíduo abstrato e universal, isento de suas peculiaridades e *status* e que está vestido com as características do grupo dominante. A quarta é que a igualdade formal é um conceito relativo e agnóstico quanto ao resultado substantivo, o que pode gerar uma vitória vazia ou uma derrota. Por fim, a última característica baseia-se na concepção negativa de liberdade, onde o Estado não se obriga a ações positivas para promover a igualdade. Por sua vez, a igualdade substantiva não visa tratar os indivíduos de forma idêntica, mas afirmar e acomodar as diferenças entre esses indivíduos. As instituições é que devem mudar, em vez de esperar que o indivíduo se conforme.

Assim, para Sandra Fredman existe uma tetradimensionalidade do princípio da igualdade substantiva, cujos princípios se relacionam entre si, cada qual almejando alcançar um objetivo:

a) a dimensão redistributiva, que visa quebrar o ciclo de desvantagens associadas ao *status* ou aos grupos externos;

b) a dimensão de reconhecimento (assim como o é também a terceira), que visa promover o respeito pela dignidade e pelo valor de todos, corrigindo, assim, o estigma, a estereotipagem, a humilhação e a violência devida à adesão de um de fora do grupo de identidade;

c) a dimensão transformadora que visa alcançar mudanças estruturais que desbloqueiam as condições que promovem desigualdades, pois não exige a concordância

⁶⁶⁸ FREDMAN, Sandra - Enfrentando o futuro: igualdade substantiva sob os holofotes. **Revista da AJURIS** [em linha] – v.40 – nº 130 – Junho 2013, p. 443-482. [Consult. 22 mai 2022]. Disponível em <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/305/240er>.

como um preço da igualdade, implicando em um compromisso e uma afirmação positiva e de celebração da identidade dentro da comunidade; e,

d) a dimensão participativa, que visa facilitar a participação plena na sociedade, tanto social quanto politicamente, pois mesmo os fora dos grupos participam, ainda que sub-representados, na tomada de decisões de todos os níveis.

Por esta razão, o respeito ao direito fundamental à igualdade de oportunidades implica, como corolário, a proibição da discriminação. Esta assertiva encontra arrimo na Convenção Americana de Direitos Humanos, para a qual a não discriminação, em conjunto com a igualdade, são elementos básicos indispensáveis à proteção dos direitos humanos (art. 24)⁶⁶⁹. Doutrina que cuida do tema considera que o princípio da não discriminação é a vertente negativa do princípio da igualdade e, como o da dignidade humana, também possui carga normativa^{670 671 672}.

Este estudo considera, pois, como premissa que não discriminar deriva da própria axiologia do direito ao tratamento isonômico. Desse modo, embora específicos os princípios, não se pode afastar a ideia de que ambos, na prática, convergem para a finalidade de que sejam produzidas condutas e/ou medidas que assegurem a igualdade de oportunidades e de tratamento. Trata-se, no essencial, como assevera Guilherme Machado Dray⁶⁷³, de

⁶⁶⁹ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 360.

⁶⁷⁰ Não se pode ignorar a existência de concepções doutrinárias que apontam para a autonomia própria dos princípios da igualdade e da não discriminação. Defende-se que situações de desequilíbrio podem não ter intuito desmerecedor e prejudicial, mas de proteção dos menos favorecidos, a fim de se estabelecer um tratamento mais igual possível com os demais. Realçando a autonomia da noção de não discriminação em relação à igualdade, Mariana Canotilho assinala que os dois conceitos não se encaixam no mesmo plano, pois a discriminação implica a ruptura da igualdade, o que não ocorre quando, para se igualar, são adotadas diferenciações justificadas. (In CANOTILHO, Mariana - Brevíssimos Apontamentos sobre a não Discriminação no Direito da União Europeia. **Revista Julgar**. V. 14. mai-ago 2011. Coimbra. [Em linha]. [Consult. 19 Mar. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-Mariana-Canotilho-A-n%C3%A3o-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-dire.pdf>).

⁶⁷¹ Explicita Daniele Lucy Lopes de Sehlí, que, enquanto o princípio da igualdade cria o dever de agir de certa forma, o princípio da não discriminação assume uma ideia proibitiva, no que tange à diferenciação de fatos típicos iguais, desde que não exista uma razão lógica para esse tratamento desigual. (In SEHLI, Daniele Lucy Lopes de - A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 97-108).

⁶⁷² A antidiscriminação, portanto, objetiva garantir-se a todos os indivíduos acesso equitativo e justo às oportunidades disponíveis na sociedade. Nesse contexto, do princípio de não discriminação decorre o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sendo expressão de um momento posterior ao da afirmação da igualdade, nas palavras de Adriane Reis de Araújo. (In ARAÚJO, Adriane Reis de - Dilema da diferença e a jurisprudência do TST diante do adocimento do trabalhador. **Revista do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul**. V. 6, abr. 2012 – Campo Grande: PRT 24.^a, p. 15-33).

⁶⁷³ DRAY, Guilherme Machado - O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 2, jul./dez. - 2003, p. 113-137. [Em linha]. [Consult. 13 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.esdc.com.br/publicacoes/revistarbdc.htm>.

conceber o princípio da igualdade como uma concretização da ideia de justiça social, como um ponto de chegada, e não como um ponto de partida, como uma forma de igualdade real assente na eliminação das desigualdades econômicas, sociais e culturais⁶⁷⁴.

Sobre discriminação, o termo traz em si a significação de diferenciar, distinguir, discernir⁶⁷⁵. A expressão conduz à ideia de considerar a existência de desigualdade entre pessoas, grupos. Ariel Salete de Moraes Junior, com apoio em Firmino Alves Lima, ressalta que a história da humanidade demonstra a predominância da desigualdade, pois a ideia de igualdade jurídica não havia sido considerada, o que apenas veio a ocorrer nos últimos 200 anos⁶⁷⁶, de forma que o tratamento diferenciado nem sempre teve, na sua base, uma carga negativa, vindo a ser indicada com esta textura a partir do fim da Guerra Civil ocorrida nos Estados Unidos da América, quando se procurou proteger os direitos dos negros recém-saídos da escravidão. Passou-se, então, a afirmar que pessoas pertencentes a este grupo teriam igual proteção da lei, na mesma medida destinada a todos os cidadãos. A contar desse marco, os textos legais começaram a abordar a conduta discriminativa com o significado de tratamento desigual, prejudicial, de natureza injusta contra determinada pessoa, origem, grupo⁶⁷⁷. Portanto, em âmbito jurídico, discriminação diz respeito à conduta que nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada, tendo em conta qualquer critério injustamente desqualificante⁶⁷⁸.

Porém, frise-se, sempre focando o princípio da dignidade da pessoa humana, a ideia de não discriminação está ligada ao princípio da igualdade, de maneira que sua efetivação se concretiza adotando-se medidas discriminatórias destinadas a igualar situações desiguais. Oportuno acentuar que a discriminação é lícita quando destinada a promover a igualdade real. Assim, não discriminar é tratar com igualdade de oportunidade a todos⁶⁷⁹.

⁶⁷⁴ De acordo com o Comentário Geral 18 do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “A não discriminação, em conjunto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação, constitui um princípio básico e geral relativo à proteção dos direitos humanos”. (In **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. [Em linha]. 1.^a ed. p. 31. [Consult. 12 Abr. 2019]. Disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJ.pdf>).

⁶⁷⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.^a ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 686.

⁶⁷⁶ MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às Informações Genéticas do Trabalhador**. Discriminação Genética e o Livre Consentimento Esclarecido. 1.^a ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83..

⁶⁷⁷ MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de - **Acesso às Informações Genéticas do Trabalhador**. Discriminação Genética e o Livre Consentimento Esclarecido. 1.^a ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83.

⁶⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho - **Curso de direito do trabalho**. 18.^a ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 957.

⁶⁷⁹ Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que é juridicamente tolerável o *discrimen*, sem que se ofenda a isonomia, quando a desequiparação não atinge, de modo atual e absoluto, um só indivíduo; as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; existia, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores

Destarte, presentes esses elementos, a conduta diferenciadora não afrontará os postulados dos direitos fundamentais, estando, por consequência, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em tal panorama, passa-se a abordar as classificações que se fazem acerca do tema.

2.1.2 Classificação

2.1.2.1 Discriminação estrutural

A discriminação, entendida como a imposição de injusto tratamento desigual, caracteriza-se em ambiente que transcende o campo público ou privado, situando-se na estrutura das relações sociais e, por assim o ser, apresentando-se encravada na sociedade⁶⁸⁰. A discriminação estrutural é, assim, inerente ou está institucionalizada nos modelos sociais, estruturas institucionais e construções jurídicas, que refletem e reproduzem práticas e resultados discriminatórios.

Importante referenciar que os interesses econômicos são a mola propulsora, a motivação maior dessa discriminação estrutural. Em outras palavras, o século XXI, com todo o seu tecnicismo e os seus avanços tecnológicos, traz, também, o refinamento e a sutil ocultação desse conflito de interesses. A competitividade nas relações econômicas, a busca da redução dos custos nas empresas, a exigência cada vez maior de especialização na prestação laboral atinge de forma dura os trabalhadores, inclusive lhes negando o sagrado direito de igualdade de oportunidades, trazendo como consequências a discriminação estrutural. Uma crise econômica prolongada expõe as debilidades estruturais e agrava a discriminação estrutural. Sem dúvidas, em tal contexto, é previsível o agravamento da crise de emprego, constituindo-se o pano de fundo para a exacerbação de problemas ligados à discriminação, de forma a resultar no crescimento das desigualdades, em especial no que se refere aos grupos minoritários.

diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; e, *in concreto*, o vínculo de correlação supra referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público. (In MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 41).

⁶⁸⁰ Humberto Bersani, ao abordar a questão discriminatória racial, explana que condutas diferenciadoras ilegítimas de tal ordem se revelam como elemento estrutural, pois está na essência da sociedade e, assim, é apropriado para manter, reproduzir e recriar desigualdades e privilégios, revelando-se como mecanismo colocado para perpetuar o atual estado das coisas. (In BERSANI, Humberto - **Revista Educação em Perspectiva**. Viçosa: Minas Gerais. v. 8, n.º 3. set/dez 2017. [Em linha]. [Consult. 9 Set. 2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/323145336_Racismo_estrutural_e_o_direito_a_educacao.)

Veja-se o Relatório produzido pela Organização Internacional do Trabalho⁶⁸¹, no qual ficou patenteado que a discriminação cria uma rede de pobreza, trabalho escravo e infantil e exclusão social.

Constata-se, assim, que, no mundo globalizado contemporâneo, são comuns as ameaças e também as violações à igualdade de oportunidades nas relações laborais, mediante ações invasivas praticadas pelos empregadores na seara da vida privada e da intimidade dos trabalhadores.

Há, porém, de se combater esta motivação financeira com alternativas, também de ordem econômica, que atinjam estruturalmente as organizações que discriminam, inibindo-as de continuarem a agir de tal forma. Obstar o prosseguimento de hábitos discriminatórios constitui um ponto essencial, de maneira que o local de trabalho (a estrutura empresarial e de outras organizações) possa assegurar, por meio de mecanismos normativos, de gestão administrativa ética e social e outras medidas, inclusive de natureza econômica, que não haja a prática da discriminação estrutural nas relações de trabalho mediante a realização e a utilização dos resultados de testes genéticos, tema a ser adiante mais aprofundado.

Além de outras medidas apresentadas ao longo deste trabalho, devem ser adotadas estratégias que incluam a produção de políticas públicas que promovam e concretizem a igualdade, levando em consideração a diversidade de cultura, de língua, de gênero, de raça. Conforme salienta a OIT, no Relatório citado, produzir leis que objetivem eliminar a discriminação e promovam a equidade, conquanto essenciais, por si só, não é suficiente, uma vez que a discriminação no trabalho não irá desaparecer apenas por ser proibida. Também são necessários serviços de treinamento e emprego, além de órgãos eficazes de fiscalização do trabalho, que, com base em dados coletados, possam monitorar avanços na prática empresarial positiva. Outrossim, legítima deve ser a existência de tribunais especializados, em ordem a cumprir o papel de dar plena efetividade ao princípio do valor social do trabalho e da dignidade humana, validando a proteção adequada contra represálias, disponibilizando meios facilitados de acesso a procedimentos de apresentação de queixas. Em capítulo próprio, será desenvolvido e mais explorado tema relativo à responsabilidade social das empresas (Parte III, Capítulo 3, tópico 3.5). De toda forma, adianta-se que uma organização não deve se conduzir com visão eminentemente legalista, visando apenas ao

⁶⁸¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - **A hora da igualdade no trabalho**. [Em linha]. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, Relatório I (B), Conferência Internacional do Trabalho, 91.ª Sessão, Genebra, 2003, n.º 11. [Consult. 20 Abr. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226898.pdf.

lucro e observando a legislação do local em que instalada. Para além dessa função social, socialmente responsável é a empresa que dá concretude aos princípios da igualdade, dignidade, solidariedade, democracia, reduz ou procura reduzir as desigualdades sociais, cumpre os valores ambientais, neste incluído o meio ambiente do trabalho.

2.1.2.2 Discriminação direta e indireta. Discriminação positiva

Ainda no plano da conceituação, a discriminação encontra algumas classificações, podendo ser citadas a discriminação direta e a indireta⁶⁸² (concebidas, em geral, como negativas). A direta diz respeito à prática, intencional e consciente, de tratamento desigual fundado em razões arbitrárias, desmotivado, anulando ou prejudicando, por conseguinte, o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública⁶⁸³. Veja-se também o conceito contido em Directivas do Conselho da

⁶⁸² A presente diferenciação tem, comumente, referenciado o Direito dos Estados Unidos da América: *disparate treatment*, que se refere à discriminação direta e *disparate impact*, que se refere à discriminação indireta, cuja origem pode ser relacionada à Lei dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act*), a qual descreve algumas práticas consideradas ilegais pelo empregador, na Seção 703, alínea *a*, do Título VII. Por exemplo (em tradução livre do autor): 1) deixar de contratar ou demitir um empregado por causa de sua raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade; e 2) limitar, segregar ou classificar seus empregados ou candidatos a emprego de qualquer forma que prive ou tenda a privar qualquer indivíduo de oportunidades de emprego ou que, de outra forma, afete negativamente sua condição de empregado, devido à raça, cor, religião, sexo ou origem nacional dessa pessoa. (In EEOC – US Equal Employment Opportunity Commission **Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964**. [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>).

A Suprema Corte dos Estados Unidos analisou o tema no emblemático caso *Griggs v. Duke Power Co.* (1971). Willie Griggs ingressou com petição em favor dos empregados negros da empresa Duke Power Company, por meio da qual questionava, em síntese, a política de promoção da empresa que exigia dos empregados diploma de conclusão do ensino médio e o alcance de uma pontuação mínima em 02 (dois) testes de aptidão. Sustentava o autor que a exigência da empresa violava o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, ao se impedir, na prática, o acesso dos negros aos melhores postos de trabalho da empresa. Aquela Corte firmou o entendimento de que o Título VII da Lei dos Direitos Civis buscava alcançar, além da igualdade formal, a igualdade material traduzida pela igualdade de oportunidades de trabalho. Desse modo, concluiu o Tribunal que a empresa, por meio de exigências aparentemente neutras e razoáveis, na prática, discriminava os trabalhadores negros, pois nítido o intuito de salvaguardar sua política de dar preferência aos brancos para a ocupação dos melhores postos de trabalho. (In Cornell Law School. **Legal Information Institute**. [Em linha]. [Consult. 11 Set. 2019]. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics> e <http://www.oyez.org/cases/1970>).

⁶⁸³ Roger Raupp Rios afirma que a discriminação direta se manifesta de três modos: discriminação explícita, discriminação na aplicação do direito e discriminação na conceção do direito. Segundo o autor, na discriminação explícita, a manifestação da discriminação é evidente, na medida em que estará expressa no texto normativo ou da medida analisada, excluindo determinado grupo de pessoas – com base num critério proibido de discriminação – de um regime favorável, ou mediante a instituição, explicitamente, de um tratamento prejudicial. A discriminação na aplicação do direito é aquela que se verifica quando a execução do ato normativo, ainda que elaborado sem o propósito de discriminar, é feita de modo deliberado para prejudicar certo grupo. A discriminação na conceção do direito se dá quando o ato normativo, aparentemente neutro, foi estabelecido, intencionalmente, para prejudicar certa pessoa ou grupo. (In RIOS, Roger Raupp - **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20, 91, 92 e 96).

Comunidade Europeia⁶⁸⁴. A Lei portuguesa n.º 46/2006 define discriminação direta como “a que ocorre sempre que uma pessoa com deficiência seja objeto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (art. 3.º, “a”).

Cita-se, como exemplo de discriminação direta, o caso da mulher que não é contratada por se encontrar em estado gravídico⁶⁸⁵.

Por sua vez, a discriminação indireta ocorre com a prática de tratamento desigual baseado em critérios injustos e injustificados⁶⁸⁶. Confere-se tratamento igual, cujo resultado apresenta efeito diverso sobre determinados grupos, materializando-se a desigualdade^{687 688 689}.

⁶⁸⁴ A Diretiva n.º 2000/43, do Conselho da Comunidade Europeia, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, considera que existe discriminação direta “sempre que, em razão da origem racial ou étnica, uma pessoa seja objeto de tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (art. 2.º, “a”).

Com a mesma linha de entendimento, a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (artigo 2.º); a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional; e a Diretiva 2010/41/UE, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente e que revoga a Diretiva 86/613/CEE do Conselho.

⁶⁸⁵ É forçoso advertir que, para o exercício de certas atividades, é possível restringir o emprego a determinadas categorias, sem que tal ato seja considerado discriminatório. Lembra Yara Maria Pereira Gurgel que a OIT considera a prática de certas religiões como condição fundamental para ministrar-se aulas em estabelecimentos educativos religiosos. (In GURGEL, Yara Maria Pereira - **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação: sua Aplicação às Relações de Trabalho**. [Em linha]. São Paulo: 2007. Tese doutorado direito. [Consult. 12 Mar. 2019]. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7852/1/Yara%20Maria%20Pereira%20Gurgel.pdf>).

⁶⁸⁶ Esses critérios injustificados são, de maneira geral, frutos de um preconceito, ou seja, de uma opinião preestabelecida ou um senso comum imposto pela cultura, pela educação, pela religião – em outras palavras, pelas tradições de um povo. (In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza - **O Direito à Diferença**. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3.ª ed. Belo Horizonte: Arraes. 2009. p. 29).

⁶⁸⁷ CARLOS, Vera Lúcia - **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 32.

⁶⁸⁸ Joaquim Benedito Barbosa Gomes acentua que a discriminação indireta decorre de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas, em princípio neutras, porém de grande potencial discriminatório. Ainda no dizer do autor, essa discriminação, quase invisível, seria a forma mais perversa de discriminação, devido à sua aptidão de perpetuar situações de desigualdade resultantes de fatores histórico-culturais. (In GOMES, Joaquim B. Barbosa - **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23-24).

⁶⁸⁹ Conforme a citada Diretiva n.º 2000/43 do Conselho da Comunidade Europeia, de 29 de junho de 2000: “Considera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra coloque pessoas de uma dada origem racial ou étnica numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificada por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários” (art. 2.º, “b”).

Da mesma maneira, a Lei n.º 46/2006, em seu art. 3.º, “b”, apresenta a discriminação indireta como aquela quando uma disposição, critério ou prática, mesmo com aparência de neutralidade venha a colocar pessoas com deficiência “numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas, a não ser que

Na modalidade da discriminação indireta, o elemento intencional do agente não é essencial. Pode ser visualizada quando, por meio de levantamento estatístico, na empresa se encontra significativo número de mulheres ou pessoas negras contratadas, em especial em cargos de chefia⁶⁹⁰.

Em oposição a esta forma desfavorável de tratamento, que, segundo se viu, produz desigualdades, a denominada discriminação positiva representa mecanismo próprio da tutela do princípio da igualdade. Isso porque é com base na ideia de isonomia que se parte da necessidade de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Consoante a literatura produzida a respeito da antidiscriminação, esta modalidade corresponde a estratégias, privadas ou públicas⁶⁹¹, que visam favorecer pessoas ou grupos sociais que se encontram em condições desfavoráveis⁶⁹². Trata-se, no essencial, de conceber o princípio da igualdade em sua vertente real, de forma a eliminarem-se as desigualdades econômicas, sociais, culturais.

Emergem, nesse cenário, as ações afirmativas⁶⁹³, que são, segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, executadas com o objetivo de promoção/integração de indivíduos e grupos sociais discriminados em função de sua condição (origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenicidade

essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários”.

Oportuno destacar que o Código do Trabalho de Portugal, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, em seu artigo 23, registra, em seu texto, as definições de discriminação direta e indireta (Vide Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho).

⁶⁹⁰ Interessante exemplo nos oferecem Fernanda Frizzo Bragato e Bianka Adamatti: “[...] um empregador emprega dois trabalhadores, sendo um deles deficiente físico e usuário de cadeira de rodas e o outro não. A porta de entrada do local de trabalho situa-se ao final de um lance de escadas. Mantê-la não intencionalmente nessas condições, oferecendo, portanto, o mesmo tratamento para os dois contratados, implica tratamento discriminatório indireto contra o usuário de cadeiras de rodas, de modo que um tratamento igualitário entre ambos os contratados só ocorreria se o empregador instalasse uma rampa de acesso”. (In BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka - Igualdade, não discriminação e direitos humanos. São legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. Ano 51, n.º 204, out./dez., 2014, p. 91-108. [Consult. 12 Abr. 2019]. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p91.pdf.)

⁶⁹¹ Relembre-se que os direitos fundamentais não são destinados apenas ao Estado. Têm aplicação, também, nas relações privadas, nas quais se dirigem a observância do comando de proibição de discriminação e se aplicam regras de conduta que assegurem a igualdade de oportunidades.

⁶⁹² Seguindo a análise de Maria Luiza Pinheiro Coutinho, a discriminação positiva constitui-se em uma ação que possibilita distinguir pessoas ou situações, dando-lhe tratamento diferenciado, que se justificaria pela correlação lógica existente entre a diferença observada entre elas e a desequiparação estabelecida na regra, desde que essa não equiparação seja compatível com os princípios que informam o ordenamento jurídico. (In COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro - **Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades**. Rio de Janeiro: Igualdade Racial, 2003. [Em linha]. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.)

⁶⁹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza - **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3.ª ed. Belo Horizonte: Arraes. 2009. p. 164.

física/psicológica)⁶⁹⁴. São esforços, concretizados em atos de cunho compensatório, destinados a desequiparar a fim de alcançar a igualdade de oportunidades, tendo por destinatários grupos sociais minoritários. Importa pontuar que as ações afirmativas devem ter a nota da provisoriedade, na medida em que se dirigem a situações de excecionalidade, deixando de ser adotadas à proporção que as discrepâncias sociais forem eliminadas, corrigidas ou diminuídas. Do contrário, estar-se-ia a criar uma situação inversa de discriminação, consentindo-se com sua permanência na sociedade.

Frise-se que as formas de realização das ações afirmativas não encontram solução somente quando impostas mediante normas jurídicas. Conforme dito, a vinculação aos direitos fundamentais envolve a sociedade, os particulares e é dirigida ao legislador, aos órgãos administrativos do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Nesses termos, a não discriminação e a adoção de medidas de inclusão de grupos discriminados depende de ações articuladas entre as diversas instâncias de governo e, dentro da perspectiva de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a sociedade civil. Neste contexto, como será analisado, as empresas, por exemplo, também contribuem para o desenvolvimento social e, por meio de suas ações, podem tornar-se protagonistas da valorização da diversidade no mercado de trabalho, promovendo a igualdade substancial.

Releve-se, ainda, que a implementação de políticas antidiscriminatórias, por tudo que se viu, vai além da simples adoção de legislação proibitiva, que se tem demonstrado insuficiente para eliminar desigualdades de facto, na oportuna advertência de Maria Luiza Pinheiro Coutinho⁶⁹⁵. A política de ações afirmativas condiz com postura ativa, caracterizada pela adoção de condições para que as pessoas e grupos discriminados possam estar inseridos na sociedade.

⁶⁹⁴ De forma apertada, porque não é esse o objetivo central deste estudo, diga-se que, como aponta o Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal do Brasil, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental n.º 186 (Tribunal Pleno, DJe 20/10/2014), as políticas de ação afirmativa originaram-se na Índia, cuja Constituição de 1950 reservava a membros de castas historicamente discriminadas vagas no parlamento e lhes assegurava vantagens nos processos de admissão em escolas, faculdades e empregos no setor público. (BRASIL – Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. [Consult. 11 Set. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>). De qualquer forma, colhe-se que o termo ação afirmativa se desenvolveu em contexto de segregação racial nos Estados Unidos da América, consolidando-se na *Executive Order* n.º 10.965, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente John F. Kennedy. (In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza - **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3.ª ed. Belo Horizonte: Arraes. 2009. p. 164).

⁶⁹⁵ COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro - **Discriminação no trabalho**: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades. Rio de Janeiro: Igualdade Racial, 2003. [Em linha]. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.

Portanto, visto que a discriminação em seu sentido negativo (direta e indireta) continua a ser praticada, constante “alvo em movimento”, como consta no primeiro Relatório Global da Organização Internacional do Trabalho⁶⁹⁶, e ciente de que se deve trilhar a estrada da igualdade, hão de ser envidados esforços para tutelar a discriminação positiva, utilizando-se de diversos mecanismos sociais, como as ações afirmativas, com vistas à ampliação de oportunidades iguais, promovendo-se a coesão social, a estabilidade política e o crescimento econômico e, por consequência, a paz social e a democracia.

2.2 Tutela da igualdade no Direito Internacional

Ratificando, no curso do tempo, o direito à igualdade de oportunidades e, por consequência, o de não ser discriminado, diversos documentos internacionais confirmam a necessidade de observância e de garantia do exercício desses direitos fundamentais⁶⁹⁷. Não se duvida que os tratados internacionais de direitos humanos possuem relevante papel, funcionando como instrumentos de promoção de proteção dos direitos fundamentais. Servem de diretrizes, com base em principiologia própria, inclusive para Estados não signatários, de implementação de políticas, privadas ou públicas, que conduzam à concretização do exercício dos direitos humanos⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório Global sobre Discriminação no trabalho: A Hora para Igualdade no Trabalho**. [Em linha]. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226898.pdf. 9

⁶⁹⁷ O tema discriminação diz respeito aos Direitos Humanos. E, quase sempre, os Direitos Humanos são tratados em normativos de *hard law*. Entretanto, não bastam os normativos rígidos para se alcançar efetividade no combate à discriminação. Assim, faz-se necessária a utilização da *soft law* nas esferas interna e externa dos Estados, estabelecendo-se uma complementaridade na ligação entre essas duas dimensões (*hard law* e *soft law*). Miguel Santos Neves assevera que a *soft law* “corresponde a um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem carácter vinculativo e a cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas”. Portanto, sob a perspectiva juspositivista, a *soft law* e a *hard law* (normas de carácter rígido) estariam em polos opostos, numa lógica binária de vinculatividade / não vinculatividade. Todavia, aduz Miguel Santos Neves que, sob a perspectiva construtivista, que encontra em Dworkin, um dos principais expoentes, não há diferença qualitativa entre *soft law* e *hard law*, mas sim uma profunda interação entre formas distintas, em que em muitas hipóteses são complementares de regulação social. (In NEVES, Miguel Santos - **Direito internacional da água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano**. JURISMAT. Portimão, n.º 3, 2013, p. 261-291. [Em linha] [Consult. 11 Set. 2019] Disponível em http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1).

⁶⁹⁸ Para reforçar esse mesmo entendimento, cite-se Flávia Piovesan, que faz remissão à lição de Juan Antonio Travieso: “*Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular la Convención Americana no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio reciproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Por tanto, la Convención no sólo vincula a los Estados partes, sino que otorga garantías a las personas. Por ese motivo, justificadamente, no*”

O respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, sem distinção de qualquer espécie, está consignado tanto na Carta das Nações Unidas (26/6/1945) como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (10/12/1948), e nesta última é expressamente prevista, em seu art. 7.º, a proteção do homem contra qualquer discriminação que viole a Declaração e contra qualquer incitamento a tal conduta⁶⁹⁹. O mesmo ocorre com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷⁰⁰ (aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948).

Já a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos⁷⁰¹ – assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, mais conhecida como Pacto de San José de Costa Rica – em vários dispositivos, reafirma o compromisso dos países signatários de respeitar os direitos e as liberdades do homem, sem discriminação de qualquer natureza. Além disso, consagra o princípio da não discriminação em seu texto, embora sem conceituá-lo.

Ainda se tem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966⁷⁰², e a Declaração Sociolaboral do Mercosul, aprovada em 10 de dezembro de 1998, reconhecida

puede interpretarse como cualquier otro tratado”. (In PIOVESAN, Flávia - **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. [Em linha]. [Consult. 8 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>.)

⁶⁹⁹ “Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito à proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

⁷⁰⁰ “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra” (art. II.)

⁷⁰¹ Seu art. 24 assevera: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

⁷⁰² “Art. 2 - 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição [...]. Art. 4 - 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social [...]. Art. 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.”

como a Carta Social do Mercosul⁷⁰³, que também afirmam a não discriminação como princípio a ser seguido, ao tempo em que garantem a igualdade efetiva de direitos, tratamentos e oportunidades, dirigidas a todos e em diversas áreas.

A Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960 pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, fornece em seu texto uma definição sobre discriminação, assim redigida:

Artigo I - Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino [...].

Em 21 de dezembro de 1965, a Assembleia das Nações Unidas aprovou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Como consta do próprio enunciado, a referida Convenção é muito mais ampla e genérica, tendo como objeto o pleno exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, inclusive no trabalho, embora enfoque com maior precisão o combate à discriminação racial. Da mesma forma que a Convenção Contra a Discriminação no Ensino, esta Convenção também inova a definição da intenção discriminatória, visto que qualifica como ato discriminatório aquele que tenha por objeto ou resultado o prejuízo a que se visa impedir⁷⁰⁴. Assim, o ato discriminatório pode vir a ser caracterizado mesmo sem haver a intenção de discriminar, pois a conduta com tal sentido será aquela que tenha por objeto ou (conjunção

⁷⁰³ “Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes. Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho. Promoção da igualdade.

Art. 2º As pessoas portadoras de necessidades especiais serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação e orientação profissional, à adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas portadoras de necessidades especiais tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva.

Art. 3º Os Estados Partes comprometem-se a garantir, mediante a legislação e práticas trabalhistas, a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens.”

Posteriormente, em 17 de julho de 2015, nova Declaração Sociolaboral do Mercosul foi editada, mantendo-se as mesmas garantias.

⁷⁰⁴ Para a Convenção, art. 1.º, “‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública”.

alternativa) resultado o prejuízo não quisto. Firmino Alves Lima adverte que esta Convenção permite o reconhecimento da discriminação por efeito adverso, quando menciona o resultado do ato discriminatório, expressando que a intenção discriminatória não é necessária para a caracterização do ato discriminatório⁷⁰⁵.

Em 18 de dezembro de 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a qual define a discriminação contra a mulher de forma similar à definição trazida pela Convenção Contra a Discriminação Racial; sem, entretanto, enumerar os motivos dos atos, o que não retira a força do objeto da proteção pretendida: a igualdade do homem e da mulher. Importante registrar que este instrumento dá lastro ao reconhecimento da discriminação por efeito adverso, ou indireta, conforme é qualificado na Europa e nos Estados Unidos da América^{706 707}.

Nesse contexto, apresenta-se a seguir a Convenção Interamericana, evidenciando-se o direito à igualdade e o resguardo da não discriminação.

2.2.1 Eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas deficientes (Convenção Interamericana)

Ao longo da história humana, as pessoas com deficiência⁷⁰⁸ receberam as mais diversas denominações, reflexo do tratamento social voltado a este grupo deveras vulnerável⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ LIMA, Firmino Alves - **Mecanismos Antidiscriminatórios nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 92.

⁷⁰⁶ Com a mesma intenção, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de novembro de 1981, reconhece a discriminação por efeito adverso (art. 2.º, § 2.º), conceituando-a como ato de distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções.

⁷⁰⁷ Quase idêntico é o tratamento dado pela Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada em 7 de junho de 1999, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

⁷⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Conforme o **Relatório mundial sobre a deficiência/World Health Organization, The World Bank**. [Em linha]. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo, cerca de 15% da população mundial possuem alguma forma de deficiência e entre 2% a 4% tem significativas dificuldades funcionais. [Consult. 21 Abr. 2019]. Disponível https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=74E6E1F88BB330B1B9A6CCD11428BB6D?sequence=4.

⁷⁰⁹ Bruna Pinotti Garcia e Rafal de Lazari assinalam a existência de quatro fases:

- a) fase da intolerância: a deficiência simbolizava impureza, pecado ou castigo divino;
- b) fase da invisibilidade: ignorava-se a existência das pessoas com deficiência e de seus direitos;
- c) fase assistencialista: pautada na perspectiva médica e biológica de que era preciso encontrar uma cura para a deficiência, que era exclusivamente vista como enfermidade; e
- d) fase humanista: orientada pelo paradigma dos direitos humanos, na qual emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, além da necessidade de

Vale observar que as diversas fases continuam a conviver entre si, embora se possa afirmar que, a partir da segunda metade do século XX, em especial após o término da Segunda Grande Guerra, que deixou sequelas de várias ordens, a concepção assistencialista de integração cede espaço para a concreta inclusão social das pessoas deficientes. Relativamente nova, como se nota, a ideia de discriminação em razão da deficiência.

Assim, com fundamento na promoção da igualdade material, foram produzidas e adotadas convenções, declarações internacionais, legislações específicas, por meio das quais se procurou dar adequado tratamento legislativo, judicial e administrativo a fim de se atender às especificidades das pessoas pertencentes a este grupo.

Em âmbito internacional, a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pela ONU em 9 de dezembro de 1975, garantiu, em seu art. 3.º, os direitos próprios à dignidade humana, prevendo que a deficiência fosse considerada no planejamento econômico e social (art. 8.º). Segundo este documento, o “termo ‘pessoa com deficiência’ é aplicável a qualquer pessoa que não possa por si só responder, total ou parcialmente à exigência da vida corrente, individual e/ou colectiva, por motivo de qualquer insuficiência, congênita ou adquirida, das suas capacidades físicas ou mentais” (art. 1.º).

Por sua vez, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 48/96, de 20 de dezembro de 1993, adotou as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências⁷¹⁰. Além disso, convém assinalar que, em 3 de maio de 2008, entrou em vigor, no sistema universal, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁷¹¹.

eliminar obstáculos e barreiras (culturais, físicos ou sociais) que possam ser superados. (In GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de - **Manual de Direitos Humanos**. 1.ª ed. Salvador: Juspodivm. 2014. p. 187).

⁷¹⁰ Seu texto registra que sua elaboração teve por objetivo garantir que mulheres e homens com deficiências possam exercer os mesmos direitos e estar sujeitos às mesmas obrigações dos restantes cidadãos, instando os Estados a adotarem medidas adequadas com vistas à eliminação dos obstáculos existentes, que impedem as pessoas com deficiências de exercer os seus direitos e liberdades, dificultando a sua participação plena nas atividades das sociedades em que se inserem (n.º 15).

⁷¹¹ Para esse documento, os Estados-partes devem reconhecer que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus à igual proteção e benefício da lei, além de proibir qualquer discriminação baseada na deficiência, promovendo a igualdade, ante a adoção de todas as medidas apropriadas para garantir que a *adaptação razoável* seja oferecida (art. 5.º). Seu art. 2.º define que “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de *adaptação razoável*, e estabelece princípios gerais (art. 3.º), como o respeito pela dignidade inerente; a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

A citada Convenção ressalta a vedação de discriminação negativa e aborda a deficiência como a combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos, físicos e sociais, deslocando a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade, que passa a assumir a deficiência e seus desdobramentos como assunto de todos, deslocando-se dos espaços domésticos para a vida pública. Nota-se que a Convenção identifica as pessoas com deficiência como membros ativos da sociedade, possuidoras de plena capacidade para escolhas próprias sobre como desejam fruir suas vidas. Conclama a Convenção a promoção de habilitação da sociedade para tratar com as questões inerentes a essas pessoas, adequando-se a elas e não o contrário. Para tanto, pontua a necessidade de serem implementadas medidas apropriadas que assegurem a acessibilidade, traduzida esta como identificação de barreiras e a disseminação do conceito de desenho universal⁷¹², planejando o ambiente (considerados os espaços, o meio físico, o transporte, a informação e comunicação, inclusive os sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na cidade como no campo) que garanta a melhoria da qualidade de vida. É interessante notar a abrangência desse importante documento, pois prevê direitos relacionados à liberdade e segurança (artigo 14); à vedação de tortura ou penas cruéis (artigo 15); à educação (artigo 24); à saúde (artigo 25); ao trabalho e ao emprego (artigo 27); à participação na vida cultural, recreação, lazer e desporto (artigo 30).

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em Bogotá, em 1948, estabelece:

Artigo XVI: Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

Ainda nesse contexto, o art. 2.º da Convenção dispõe: “Para os propósitos da presente convenção: (...) ‘adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. (In: RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 654).

⁷¹² Desenho universal, nos termos do art. 2.º da Convenção, “significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”. (In: RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 622).

Além disso, o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em novembro de 1988, apresenta específica proteção às pessoas deficientes⁷¹³.

Também foi assinada em Guatemala, em maio de 1999, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Este instrumento indica, em seu Preâmbulo, que os Estados-partes reafirmam:

[...] que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano.

Além disso, o documento consagra um catálogo de obrigações que os Estados devem cumprir, com o objetivo de “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade”. Para seus termos:

“[...] discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais (art. 2º).

Como se nota, a norma prevê a adoção de medidas protetivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontra. Nesse contexto, é obrigação dos Estados promoverem práticas de inclusão social e adotarem medidas de diferenciação positiva para remover essas barreiras.

Conforme se percebe, é amplo o arcabouço jurídico internacional dirigido a pessoas com deficiência. Nota-se que os diversos instrumentos analisados têm por escopo afastar o modelo médico de deficiência, que a concebe como anormalidade e associa a pessoa

⁷¹³ Afirma o documento: “Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais em direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”. Também exorta os Estados-partes a comprometerem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim (art. 18): “a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.” (In: RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 662).

deficiente como um ser incapaz, submisso e dependente. Nessa mudança de paradigma, compreende-se que as pessoas portadoras de deficiência são pessoas como quaisquer outras, com protagonismos, peculiaridades, contradições, singularidades. São pessoas detentoras de direitos decorrentes da sua dignidade, com plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, ficando evidenciado que a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana. Oportunas as palavras de Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, de que o inverno de um tempo de preconceito e tratamento discriminatório em relação à pessoa com deficiência há de corresponder a um intenso verão, acompanhado de dóceis e contínuas primaveras, em que se há de vivenciar um novo tempo, no qual há uma verdadeira emancipação de direitos existenciais das pessoas com deficiência, vale dizer, direitos, não favores⁷¹⁴.

2.3 Igualdade e não discriminação na União Europeia: aspetos doutrinários e jurisprudenciais

Após o término da Segunda Guerra Mundial, dez países da Europa ocidental (Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suécia e Reino Unido) resolveram fundar, em 5 de maio de 1949, o Conselho da Europa⁷¹⁵, com o propósito de defesa dos direitos humanos, da democracia, da liberdade e da estabilidade político-social na Europa. O Conselho adotou, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, conhecida por Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), com o objetivo de, fazendo referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, bem como estabeleceu mecanismos de controle e de execução, instituindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁷¹⁶.

⁷¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista - **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo**. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, p. 14.

⁷¹⁵ Importante salientar que o Conselho da Europa é uma organização internacional, não se confundindo com o Conselho da União Europeia (órgão político em que são representados os governos nacionais dos países da União Europeia, bloco econômico e político de países europeus) nem com o Conselho Europeu (nome das reuniões onde é decidida a política geral da União Europeia).

⁷¹⁶ Esse Tribunal foi instituído em 1959, com base no artigo 19 da CEDH, e confere a qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de indivíduos, bem como a um ou mais dos estados membros, a possibilidade de ingressar com uma representação contra qualquer Estado-membro do Conselho da Europa. (In PIRES, Ludger e BEKASSOW, Natalia - Discriminação e Racismo na União Europeia: diagnóstico de uma ameaça negligenciada e da investigação científica correspondente. **Revista Sociologias**. [Em linha]. Porto Alegre, ano 17, no 40, set/dez 2015, p. 176-211. [Consult. 18 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.seer.ufrgs.br/sociologias>.

Visando incentivar a cooperação econômica, partindo do pressuposto de que, se os países tivessem relações comerciais entre si, se tornariam economicamente dependentes uns dos outros, reduzindo assim os riscos de conflitos, foi criada a Comunidade Econômica Europeia (CEE), por meio do Tratado de Roma, de 1957, constituída por Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Esta união, concebida com caráter econômico e comercial⁷¹⁷, adquiriu com o tempo, uma dimensão bem mais ampla, passando a centrar-se sob a perspectiva de estreitamento entre os povos europeus.

Assim, no âmbito de supranacionalidade, veio a ser instituída a União Europeia, com a edição do Tratado de Maastricht, assinado em 7 de fevereiro de 1992, em vigor a partir de 1.º de novembro de 1993. Nesse contexto de cidadania europeia comum aos nacionais dos Estados-membros, foi assinado, em 2 de outubro de 1997, o Tratado de Amsterdam, o qual, modificando o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituíram as Comunidades Europeias, ampliou a atenção ao desenvolvimento equilibrado e sustentável, aos direitos políticos e sociais, dando consolidação à proteção dos direitos fundamentais como eixo fundamental da União Europeia⁷¹⁸. Por sua vez, o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, veio atribuir novos direitos e garantir os já existentes.

Em termos de jurisprudência, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE⁷¹⁹ constitui-se na autoridade judicial da União Europeia e, em cooperação com os

⁷¹⁷ Adverte Maria do Rosário Palma Ramalho que, apesar de sua matriz econômica, o Tratado de Roma, desde sua redação original, assegura alguns princípios e regras que vão se constituir em ponto de partida para o desenvolvimento posterior das matérias sociais ao nível comunitário, como o princípio da livre circulação de trabalhadores (artigo 48.º); o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores e trabalhadoras por trabalho igual ou de valor igual (artigo 119.º); a promoção de melhoria das condições de trabalho, segurança social, proteção contra acidentes de trabalho e doenças profissionais, direito sindical e negociação coletiva (artigos 117.º e 118.º). (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito Social da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2009. p. 30).

⁷¹⁸ Dulce Lopes assinala que o Tratado de Amsterdam introduziu alterações ao então artigo 141.º do Tratado de Roma, passando a incentivar o estabelecimento de ações positivas em matéria laboral a fim de promover a igualdade entre os sexos. Assinala a autora que a temática da igualdade passou a ser também mais sistemática, sendo objeto de referência em vários artigos: artigo 2.º, que alçou como fundamento da Comunidade a promoção da igualdade entre homens e mulheres; o artigo 3.º, n.º 2, que inscreveu esse princípio como uma política horizontal que deveria permear todas as ações desenvolvidas pela Comunidade; o artigo 13.º, que autorizou o Conselho, atuando por unanimidade, a tomar medidas de combate a várias formas de discriminação; e o artigo 137.º, que estabeleceu que a Comunidade apoiará as ações desenvolvidas pelos Estados membros relativamente ao princípio da igualdade de tratamento no mercado de trabalho. (In LOPES, Dulce - Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. **Revista Debater a Europa**. [Em linha]. Coimbra. v. n.º 4. jan./jun. 2011. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueropa/>).

⁷¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. **European Justice**. [Em linha]. O Tribunal de Justiça da União Europeia é composto por três tribunais: o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral (criado em 1988) e o Tribunal da Função Pública (criado em 2004). [Consult. 8 Set. 2019]. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_eu_case_law-12-pt.do.

tribunais dos Estados-membros, garante a interpretação e a aplicação uniformes do direito da União Europeia.

Feita esta breve digressão histórica, procura-se destacar o quadro do atual direito da União Europeia, com algumas de suas diversas fontes normativas produzidas, bem como alguns dos julgados proferidos a respeito da igualdade e da discriminação.

Nesse contexto, pode ser citado o Tratado da União Europeia (TUE), que, para a matéria de interesse deste estudo, delinea a eliminação das desigualdades e a promoção da igualdade entre homens e mulheres, como forma de realização da missão da Comunidade (artigo 3.º, 2).

Ainda, vejam-se os artigos 8.º e 10 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais estipulam que todas as ações da União terão por escopo a igualdade entre os sexos e a não discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. Os princípios da igualdade e não discriminação também são previstos no artigo 18.º deste Tratado, o qual proíbe qualquer discriminação em razão da nacionalidade, acompanhado do artigo 19.º, que autoriza que sejam tomadas todas as medidas para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

Citem-se ademais, outros artigos, como o 45.º, n.º 1, que assinala a livre circulação dos trabalhadores, sem rastro de qualquer discriminação em razão da nacionalidade, bem como o artigo 153.º, n.º 1, alínea i, para o qual deve haver igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho.

Também, tem-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada no Conselho Europeu de Nice de 2000, que passou a ter suas normas juridicamente vinculativas por força do artigo 6.º do Tratado de Lisboa⁷²⁰.

⁷²⁰ Seu texto reúne regras básicas de direitos humanos, definidas pelos Estados-membros na Convenção Europeia de Direitos Humanos e as promulgadas nas declarações de direitos humanos vinculadas às Nações Unidas. Cita-se seu artigo 20.º, o qual prevê que “Todas as pessoas são iguais perante a lei”, bem como o artigo 21.º, n.º 1, que afirma o princípio geral de não discriminação, redigido nos seguintes termos: “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual”.

Acrescenta o n.º 2 do mencionado artigo 21: “No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade”. Consagra a Carta o respeito à diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.º), ao tempo em que estatui a garantia de “igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração” (artigo 23.º, n.º 1). Esse dispositivo ainda ressalta: “O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”.

No nível do direito derivado⁷²¹, dentre os vários instrumentos normativos, tem-se a Diretiva⁷²² 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica; a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional; a Diretiva 2004/38/EC, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-membros; a Diretiva 2004/113/CE, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento; a Diretiva 2010/41/UE, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente. Além dessas, há de se assinalar a Proposta de Diretiva do Conselho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, independentemente da sua religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual⁷²³.

Todas essas Diretivas, dentro das áreas de regulamentação, contam com normas atinentes à igualdade e vedam quaisquer medidas anti discriminatórias.

A par dessa produção legislativa, conforme se referiu, funciona o Tribunal de Justiça, vocacionado à apreciação dos diversos casos de notícia de ferimento dos princípios da igualdade e não discriminação. Registre-se que é enorme a quantidade de julgados que envolvem os princípios ora estudados⁷²⁴.

⁷²¹ Sobre a categoria das fontes de direito da União Europeia e a composição do quadro legislativo (Tratados, Relatórios de Comissões, Diretivas, Documentos de Trabalho, Decisões, Recomendações, Resoluções, Conclusões e Comunicados), consulte-se o sítio na web da Comissão Europeia. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/discrimination/law/index_en.htm.

⁷²² Diretiva é um dos instrumentos jurídicos europeus, de caráter vinculativo, enumerados no artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), postos à disposição das instituições europeias para o cumprimento de seus objetivos, a qual vincula os países da UE destinatários quanto ao resultado a alcançar. Necessita de uma transposição para o quadro jurídico nacional e deixa uma margem de manobra quanto à escolha da forma e dos meios da respetiva execução. (In UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/community_legal_instruments.html?locale=pt).

⁷²³ Todas essas Diretivas estão disponíveis no sítio da UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>.

⁷²⁴ Faz-se, neste momento, remissão jurisprudencial apenas exemplificativa.

a) Processo C-152/84 (M. H. Marshall contra *Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, de 26 de fevereiro de 1986) – Igualdade de tratamento entre homens e mulheres – Condições de despedimento. Assentou-se que o despedimento de uma mulher pela única razão de ter atingido ou ultrapassado a idade em que adquire o direito a uma pensão estatal — idade que é diferente para os homens e para as mulheres por força da legislação nacional — constitui discriminação proibida, em razão do sexo. (In UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0152&from=FR.>)

- b) Processo C-13/94 (P. contra S. e *Cornwall County Council*, de 30 de Abril de 1996). Igualdade de tratamento entre homens e mulheres – Despedimento de um transexual. O Tribunal decidiu que o empregado foi despedido em razão de sua mudança de sexo, configurando-se o ato patronal como discriminação sexual. (In TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **InfoCuria Jurisprudência**. [Em linha]. [Consult. 10 Nov. 2019]. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.)
- c) Processo C-249/96 (Lisa Jacqueline Grant e *South-West Trains Ltd*, de 17 de fevereiro de 1998) – *Industrial Tribunal, Southampton* – Reino Unido. Igualdade de tratamento entre homens e mulheres – Recusa de redução no preço de transportes a homossexuais. Nesse julgado, o Tribunal procedeu à distinção entre discriminações e diferenças de tratamento fundadas na orientação sexual, reconhecendo que não se constituía em discriminação proibida a recusa da entidade patronal em estender à companheira de L. Grant o direito às viagens grátis e a preços reduzidos a que têm direito os trabalhadores e seu cônjuge. Ressaltou-se que não se tratava de “discriminação diretamente baseada no sexo”, embora comportasse “diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual” que, no entanto, à data, em face do grau de desenvolvimento do direito comunitário na época, não podia ser considerada inválida. (In CANOTILHO, Mariana - Brevíssimos Apontamentos sobre a não Discriminação no Direito da União Europeia. **Revista Julgar**. v. 14. mai-ago 2011. Coimbra. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-Mariana-Canotilho-A-n%C3%A3o-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-dire.pdf>.)
- d) Processo C-456/02 (Michel Trojani contra *Centre public d'aide sociale de Bruxelles* (CPAS), de 7 de setembro de 2004). O Tribunal considerou que o proprietário de um *coffeeshop*, em que se comercializa material entorpecente, não pode invocar as liberdades comunitárias e o princípio da não discriminação da nacionalidade para se opor a uma regulamentação municipal, que proíbe a admissão de pessoas não residentes nos Países Baixos nesses estabelecimentos, uma vez que esta condição é adequada e necessária para a obtenção do desiderato de luta contra o turismo da droga. (In LOPES, Dulce - Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. **Revista Debater a Europa**. [Em linha]. Coimbra. v. n.º 4. jan./jun. 2011. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em: [http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueropa/](http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/).)
- e) Processo C-423/04 (Sarah Margaret Richards contra *Secretary of State for Work and Pensions*, de 27 de abril de 2006). Igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social – Diretiva 79/7/CEE – Recusa de atribuir uma pensão de reforma aos 60 anos a uma transexual que se submeteu a uma intervenção cirúrgica para mudança do sexo masculino para o sexo feminino. O Tribunal declarou que fere o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, na situação em que se recusa atribuir uma pensão de reforma a uma pessoa que, em conformidade com as condições impostas pelo direito nacional, passou do sexo masculino para o sexo feminino, por não ter atingido a idade de 65 anos, quando essa mesma pessoa teria tido direito a essa pensão aos 60 anos se tivesse sido considerada mulher segundo o direito nacional. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito Social da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2009. p. 198).
- f) Processo c-411/05 (*Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, de 15 de fevereiro de 2007) – Diretiva 2000/78/CE – Igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional – Alcance – Convenção colectiva que estipula a caducidade do vínculo laboral quando o trabalhador atinja a idade de 65 anos e beneficie de uma pensão de reforma – Discriminação relacionada com a idade – Justificação. Concluiu-se que o princípio da não discriminação em razão da idade, constante do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE não se opõe a uma lei nacional (especificamente, o primeiro parágrafo da Disposição Transitória Única da Lei n.º 14/2005 sobre as cláusulas de convenções colectivas respeitantes à idade normal de reforma), segundo a qual são válidas as cláusulas que preveem a reforma obrigatória constantes de convenções colectivas, sempre que tais cláusulas prevejam, como únicos requisitos, que os trabalhadores tenham cumprido o período mínimo de cotização e preencham os demais requisitos exigidos pela legislação da Segurança Social do Estado-membro em causa para se ter direito à pensão de reforma no regime contributivo. (In TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 16 Set. 2019]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63630&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5224382>.)
- g) Processo C-303/06 (*S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law*, de 17 de julho de 2008) – Política social – Diretiva 2000/78/CE – Igualdade de tratamento em matéria de emprego e na atividade profissional – Artigos 1.º e 2.º, n.ºs 1, 2, alínea a), e 3, e 3.º, n.º 1, alínea c) – Discriminação direta em razão de deficiência – Assédio ligado à deficiência – Despedimento de um funcionário não deficiente, mas que tem um filho deficiente – Inclusão – Ônus da prova. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça da União aclarou o conceito de discriminação por associação, reconhecendo situação de discriminação direta e de assédio, no caso do trabalhador, que, embora não fosse portador de deficiência, teve seu despedimento relacionado à deficiência de seu filho, para o qual prestava cuidados de que carecia, contrariando, portanto, o princípio da igualdade de tratamento previsto na

2.4 Tutela da igualdade no Brasil – Constitucional e infraconstitucional

Apresenta-se, neste tópico, de forma exemplificativa, a regulação legislativa brasileira vocacionada à tutela da igualdade de oportunidades e não discriminação e, por corolário, do princípio da dignidade humana. Com vistas à sistematização, a relação é feita conforme os segmentos especificados.

Diretiva 2000/78. (In UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0303&from=EN>.)

h) Processo C-555/07 (*Seda Küçükdeveci* contra *Swedex GmbH & Co. KG*) – Princípio da não discriminação em razão da idade – Diretiva 2000/78/CE – Legislação nacional relativa ao despedimento, que não tem em conta, no cálculo do prazo de aviso prévio, o trabalho prestado pelo trabalhador antes dos 25 anos de idade – Justificação da medida – Legislação nacional contrária à diretiva – Missão do juiz nacional. O Tribunal reconheceu a existência de um princípio geral do direito da União da não discriminação em razão da idade, considerando que, para efeitos de determinação do prazo do aviso prévio de despedimento, não se contabiliza o tempo de trabalho prestado pelo trabalhador antes de completar 25 anos de idade, sob pena de se violar a proibição comunitária da discriminação em razão da idade. Ressaltou-se que a legislação nacional apreciada desfavorece, em regra, os jovens trabalhadores relativamente aos trabalhadores mais velhos, podendo os primeiros, à semelhança da recorrente no processo principal, serem excluídos, apesar de uma antiguidade de vários anos na empresa, do direito ao aumento progressivo do prazo de aviso prévio de despedimento em função da duração da relação laboral, direito esse que, em contrapartida, poderá beneficiar os trabalhadores mais velhos que tenham uma antiguidade comparável. (In UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0555&from=PT>.)

i) Processo C-104/09 (*Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA*) – Luxemburgo, 30 de Setembro de 2010 – Política social – Igualdade de tratamento entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino – Diretiva 76/207/CEE – Artigos 2.º e 5.º – Direito a uma dispensa a favor das mães que trabalham por conta de outrem – Possibilidade de gozo pela mãe ou pelo pai que trabalham por conta de outrem – Mãe que exerce uma atividade independente – Exclusão do direito à dispensa do pai que trabalha por conta de outrem. O acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, concluiu que a lei espanhola, que concede aos pais, em cada dia, uma hora de dispensa do trabalho para aleitação durante os primeiros nove meses que se seguem ao nascimento de um filho, é contrária às regras de proteção da igualdade e é um exemplo de discriminação não justificada em razão do sexo, dado que o pai só pode utilizar esta dispensa se a mãe também estiver empregada, ao passo que a mãe é livre de usar a dispensa independentemente do estatuto profissional do pai. O Tribunal notou que a lei espanhola, que tinha sido anteriormente alterada para abranger tanto a aleitação natural como a artificial, teve por objetivo assegurar alimentação adequada da criança e tempo para a formação de laços afetivos com os seus pais, independentemente do sexo destes, pelo que já não estava ligada ao facto biológico da amamentação. A Corte concluiu que as políticas de emprego destinadas a conciliar o trabalho e a vida familiar dos trabalhadores com filhos, tal como a lei espanhola sobre a aleitação, devem tratar com igualdade ambos os pais, em conformidade com a Diretiva do Conselho Europeu sobre igualdade de tratamento. Assim, os homens serão livres para partilhar com as mulheres o papel de alimentar as crianças lactantes com mais frequência, aumentando a capacidade de homens e mulheres para salvaguardarem um equilíbrio saudável entre trabalho e família. (In UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0104&from=EN>.)

j) Processo C-149/10 (*Dioikitiko Efeteio Thessalonikis* – Grécia, de 16 de setembro de 2010) – Política social – Diretiva 96/34/CE – Acordo-quadro sobre a licença parental – Interpretação da cláusula 2, n.º 1, do acordo-quadro – Beneficiário do direito de licença parental – Licença parental em caso de nascimento de gêmeos – Conceito de “nascimento” – Consideração do número de filhos nascidos – Princípio da igualdade de tratamento. Entendeu o Tribunal que o princípio da igualdade impõe ao legislador nacional que ponha em prática regime de licença parental que, em vista da situação existente no Estado-membro em causa, assegure aos pais de gêmeos um tratamento que tenha devidamente em conta as suas necessidades particulares, mas sem que tenha de reconhecer um número de licenças parentais igual ao número de filhos nascidos. (In LOPES, Dulce - Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. **Revista Debater a Europa**. [Em linha]. Coimbra. v. n.º 4. jan./jun. 2011. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.)

2.4.1 Mulher

O Decreto Legislativo n.º 107/1995 aprovou o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e foi promulgada pelo Decreto n.º 1.973, de 1.º de agosto de 1996.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi assinada em 31 de março de 1981, com reservas (arts. 15, § 4.º, e 16, § 1.º, alíneas a, c, g e h), aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14 de novembro de 1983, e ratificada em 1.º de fevereiro de 1984, entrando em vigor internamente em 2 de março de 1984, com a reserva do art. 29, § 2.º, que permite que o Estado não se considere obrigado ao dispositivo que determina a submissão da questão não resolvida por negociação a arbitragem. O Decreto Legislativo n.º 26, de 22 de junho de 1994, revogando o anterior, retirou as reservas dos arts. 15 e 16 e as retirou em 20 de dezembro daquele ano. A Convenção foi promulgada pelo Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002, documento que revogou o Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. O Decreto n.º 4.316, de 30 de julho de 2002, promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Com relação à igualdade de gênero, o constituinte prescreveu como objetivo fundamental da República, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (inc. IV do artigo 3.º). O inciso I do artigo 5.º prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, e o XXX do artigo 7.º veda a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. O § 5.º do artigo 226 estabelece: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Cita-se a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal. Também a Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, mais conhecida como Lei do Feminicídio, que introduz norma qualificadora na categoria de

crimes contra a vida e altera a categoria dos chamados crimes hediondos, acrescentando nessa categoria o feminicídio.

2.4.2 Étnico-racial

O Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21 de junho de 1967; promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Por sua vez, a questão racial e étnica é tratada na Constituição Federal de 1988. O artigo 3.º, inc. IV, expressa ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção “do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Seu artigo 4.º, inc. VIII, repudia o racismo, assim como, nos termos do artigo 5.º, inc. XLII, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito de reclusão nos termos da lei”. O artigo 7.º, inc. XXX, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. O § 1.º do artigo 215 garante: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. E o § 2.º do mesmo preceito assegura: “A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”. O Texto Constitucional consagra, também, proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, considerando que constituem este patrimônio, “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216 da CRFB).

No plano infraconstitucional, a proibição de discriminação racial foi baseada em diploma de natureza penal (Lei n.º 1.390, de 3 de julho de 1951, conhecida como Lei Afonso Arinos), cuja ementa é esta: “Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Curiosamente, tal lei não se refere expressamente à discriminação, tampouco a conceitua. Em 20 de dezembro de 1985, a Lei n.º 7.437 incluiu entre as contravenções penais “a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei n.º 1.390/ 1951”. A novidade, digna de nota, dessa Lei em relação à Lei Afonso Arinos foi a sua extensão aos atos resultantes de preconceito de sexo ou de estado civil. A Lei n.º 7.668, de 22 de agosto de 1988, autorizou a criação da Fundação Cultural Palmares – FCP, vinculada ao Ministério da

Cultura, com a “finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos, decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira”.

A Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, regulariza o inc. XLII do art. 5.º da Constituição da República e define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Em 13/05/1997, a Lei n.º 9.459 incluiu os atos discriminatórios fundados na etnia, religião e procedência nacional. A Lei n.º 10.639, de 9 de janeiro de 2003, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”.

O Estatuto da Igualdade Racial, Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010, foi instituído com a finalidade de “garantir à população negra a efetiva igualdade de oportunidades na sociedade brasileira, a defesa dos seus direitos individuais e coletivos, além do combate a discriminação e as demais formas de intolerância étnica (art. 1.º, *caput*).

2.4.3 Deficiência

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo⁷²⁵ detêm equivalência de emenda constitucional, conforme previsto no § 3.º do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nos termos da Constituição Federativa do Brasil, o artigo 7.º, inciso XXXI, proíbe a discriminação para admissão e remuneração em razão de deficiência; o art. 23 estabelece: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”; o art. 24 diz: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”; o artigo 37, em seu inciso VIII, garante reserva de vagas à pessoa com deficiência na Administração Direta e Indireta. O artigo 203 estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, havendo ou não contribuição à previdência social, fixando, ainda, os seus objetivos. Também dignos de destaque diante da busca de proteção aos portadores de deficiência, os artigos 227, 208 e 244 da Constituição da República Federativa do Brasil.⁷²⁶

É vasta a legislação infraconstitucional: a Lei n.º 4.169, de 4 de dezembro de 1962, que oficializa as convenções Braille para uso na escrita e leitura dos cegos e o Código

⁷²⁵ Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 186, de 9 julho de 2009, e Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁷²⁶ Anexo. Legislação. Brasil. Constituição Federal.

de Contrações e Abreviaturas Braille; a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que expressa uma política de apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

A Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegura a pessoas com deficiência o provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis, reservando até 20% das vagas oferecidas aos cargos da Administração Direta e Indireta; e a Lei n.º 8.160, de 8 de janeiro de 1991, torna obrigatória a colocação, de forma visível, do "Símbolo Internacional de Surdez" em todos os locais que possibilitem acesso, circulação e utilização por pessoas portadoras de deficiência auditiva, e em todos os serviços que forem postos à sua disposição ou que possibilitem o seu uso (artigo 1.º).

A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, no artigo 93, fixa cotas de 2 a 5% de emprego para pessoas habilitadas ou reabilitadas nas empresas com mais de 100 empregados; a Lei n.º 8.899, de 29 de junho de 1994, concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; a Lei n.º 10.098, de 19 de dezembro 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências; a Lei n.º 10.845, de 5 de março de 2004, institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências.

Cite-se, também, a Lei Complementar n.º 142, de 8 de maio de 2013, que regulamenta o § 1.º do artigo 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência, segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS; e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015).

2.5 Tutela da igualdade em Portugal – Constitucional e infraconstitucional

Do mesmo modo, destaca-se a tutela normativa no direito português concernente à igualdade de oportunidades e não discriminação⁷²⁷.

⁷²⁷ Observação: quando não houver destaque de exceção, a relação da legislação foi colhida em SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO – SIIC. [Em linha]. [Consult. 16 Set. 2019]. Disponível em <https://www.cig.gov.pt/siic/2015/01/pacto-europeu-para-a-igualdade-entre-homens-e-mulheres-2011-2020-aprovado-a-7-de-marco-de-2011/>.

2.5.1 Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi assinada em Portugal, em 24 de abril de 1980, e aprovada para ratificação por meio da Lei n.º 23/1980, de 26 de julho, publicada no Diário da República I, Série A, n.º 171/1980. O país aderiu, também, ao Protocolo Facultativo, por intermédio da Resolução da Assembleia da República n.º 17/2002, documento ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 15/2002.

Na legislação comunitária⁷²⁸, veja-se o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007; a Carta das Mulheres, adotada a 5 de março de 2010; a Estratégia para a Igualdade entre Mulheres e Homens (2010-2015), adotada a 21 de dezembro de 2010; o Pacto Europeu para a Igualdade entre Homens e Mulheres (2011-2020), aprovado a 7 de março de 2011; e o Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, e o Regulamento (UE) n.º 1304/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Dezembro, os quais possuem regramento referente à igualdade entre homens e mulheres e igualdade de oportunidades e de não discriminação.

Em relação à legislação interna portuguesa, veja-se a Constituição da República do País. Seu artigo 9.º enumera as tarefas fundamentais do Estado, as quais são, entre outras: d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses; e h) Promover a igualdade entre homens e mulheres. O artigo 13.º prevê que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social, que são iguais perante a lei, vedando o privilégio, o benefício, o prejuízo, e a privação de qualquer direito ou dever, seja pela ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, convicção política, religiosa ou ideológica, bem como em decorrência de situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Registre-se, ainda, as disposições da CRP, contidas no artigo 26.º, 3 (dignidade pessoal e identidade genética na criação, desenvolvimento e experimentação científica); no artigo 68º, 3 (especial proteção das mulheres durante a gravidez e após o parto); no artigo 69, 1 (proteção integral da sociedade às crianças, inclusive contra todas as formas de discriminação e abandono, inclusive da família, visando o desenvolvimento integral) e, também, no artigo 109º que assegura a participação de homens e mulheres na vida política,

⁷²⁸ Sobre a aplicabilidade interna dessas normas, veja-se o artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, no sentido da aplicação vinculativa dos princípios de direito internacional geral ou comum ao direito português. (Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa).

com a finalidade de consolidar o sistema democrático e a evitar a discriminação no acesso aos cargos públicos.⁷²⁹

Para fins de legislação infraconstitucional, vejam-se: a Lei n.º 134/1999, de 28 de agosto, que proíbe as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica; a Lei n.º 9/2001, de 21 de maio, que reforça os mecanismos de fiscalização e punição das práticas laborais discriminatórias em função do sexo; o Plano Nacional para a Igualdade – Género, Cidadania e Não Discriminação 2014-2017; a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, e o Decreto-Lei n.º 48/1995, de 15 de março, que alteram o Decreto-Lei n.º 400/1982, de 23 de setembro, nomeadamente, a alínea c) do n.º 2 do artigo 240.º do Código Penal Português, criminalizando o incitamento à discriminação racial, religiosa e sexual; a Lei n.º 14/2008, de 12 de março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica de Portugal a Diretiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de dezembro; a Lei n.º 18/2004, 11 de maio, diploma que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica; a Resolução da Assembleia da República n.º 132/2017, de 23 de junho, que recomenda ao Governo que tome medidas para valorizar a participação das mulheres nas forças e serviços de segurança.

2.5.2 Étnico-racial

No quadro internacional, destaque-se a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1963) e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), cuja adesão por Portugal ocorreu em 24 de agosto de 1982. Na legislação comunitária⁷³⁰, em especial, o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, e o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 10.º).

Na Constituição da República Portuguesa, podem ser citados o artigo 13.º, que veda a privação de qualquer direito ou isenta de qualquer dever em razão de raça; e o artigo

⁷²⁹ Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

⁷³⁰ A legislação informada neste tópico foi obtida em UNITED NATIONS. **Sustainable Development**. [Em linha]. [Consult. 11 Mai. 2019]. Disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/15771Portugal2017_PT_REV_FINAL_28_06_2017.pdf ou <https://www.cicdr.pt/-/legislacao>.

35.º, que proíbe o uso da informática para tratamento de dados referentes, entre outros motivos, à origem étnica, salvo se autorizado pelo titular ou por lei com garantias de não discriminação.

No plano infraconstitucional, tem-se a Lei n.º 20/1996, de 6 de julho, que permite a constituição como assistente em processo penal no caso de crime de índole racista ou xenófoba por parte das comunidades de imigrantes e demais associações de defesa dos interesses em causa; a Lei n.º 134/1999, de 28 de agosto, que proíbe as discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica; a Lei n.º 18/2004, de 11 de maio, que transpõe, para a ordem jurídica de Portugal, a Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objetivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

O Decreto-Lei n.º 31/2014, de 27 de fevereiro, entre outras previsões, estipula, no artigo 3.º, alínea “l”, o combate a todas as formas de discriminação em função da cor, nacionalidade, origem étnica, independentemente do meio em que ocorram; a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto, estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem; a Portaria n.º 111/2007, de 24 de janeiro, cria o Programa Todos Diferentes, Todos Iguais (Programa TDTI), no qual ficou salientado o objetivo de promover-se e celebrar-se a diversidade, destacando que a animação sociocultural deve ter em vista a promoção da inter-relação étnico cultural.

2.5.3 Deficiência

Portugal ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência por intermédio da Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e do Decreto Presidencial n.º 71/2009, de mesma data. Seu Protocolo Facultativo foi ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, de 30 de julho, e pelo Decreto Presidencial n.º 72/2009, de mesma data. Sobre este normativo destaca Pedro Trovão do Rosário que o Estado português se vincula a ele, “por força do disposto nos artigos 8º,

número 2 e 16º, número 1 da CRP, sendo aqui patente o primado do Direito Internacional e encontram-se vinculados os órgãos do Estado”.⁷³¹

Citem-se também, na legislação comunitária⁷³², o Tratado de Lisboa, de 13 de dezembro de 2007, e o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 10.º).

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 71.º, assegura aos cidadãos com deficiência física ou mental, o pleno gozo dos direitos, além do que obriga o Estado a realizar política nacional de prevenção e de tratamento, a reabilitação e a integração dos cidadãos deficientes, bem como de seus familiares, além de desenvolver pedagogia que busque a sensibilização da sociedade quanto aos deveres de respeito, solidariedade e observância do direito para com essas pessoas.

Dois instrumentos jurídicos específicos no plano infraconstitucional são o Regime Jurídico da Prevenção, Habilitação, Reabilitação e Participação da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 38/2004, de 18 de agosto) e a Lei que Proíbe e Pune a Discriminação em Razão da Deficiência e da Existência de Risco Agravado de Saúde (Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto). Esses documentos legais proíbem formas diretas e indiretas de discriminação com base na deficiência⁷³³. Acresça-se ainda a Portaria n.º 111/2007, de 24 de janeiro, que cria o Programa Todos Diferentes, Todos Iguais (Programa TDTI), o qual estipula a adoção de “Medidas de apoio, campanhas e ações de informação-formação, visando uma mais adequada integração das pessoas com deficiência ou incapacidade”.

⁷³¹ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Os direitos fundamentais e a pandemia da COVID 19: o cidadão deficiente e o terceiro sector. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais IURJ** – [Em linha]. Vol 1, Nº 1 – 2020, p. 62/73. [Consult. 5 Mai 2022]. Disponível em <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/download/8/5/9>.

⁷³² A legislação informada neste tópico foi obtida em UNITED NATIONS. **Sustainable Development**. [Em linha]. [Consult. 11 Mai. 2019]. Disponível em https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/15771Portugal2017_PT_REV_FINAL_28_06_2017.pdf ou <https://www.cicdr.pt/-/legislacao>.

⁷³³ OBSERVATÓRIO DA DEFICIÊNCIA E DIREITOS HUMANOS. **Relatório Pessoas com Deficiência em Portugal**. Indicadores de Direitos Humanos. 2018. [Em linha]. Universidade de Lisboa. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. [Consult. 11 Mai. 2019]. Disponível em <http://oddh.iscsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/publicacoes-dos-investigadores-oddh/item/387-relatorio-oddh-2018>.

Capítulo 3 – Discriminação no Mundo do Trabalho

3.1 Tutela normativa no Direito Internacional

Conforme explanado (Parte I, Capítulo 1)⁷³⁴, desde a antiguidade, formulou-se a ideia de que o ser humano é detentor de direitos, conceção esta que, no desenrolar da história humana, veio relevar os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens.

Apesar do progressivo reconhecimento dos direitos humanos, como se viu, a discriminação é tema recorrente. Por mais que seja combatida, insiste em sobreviver e reproduzir-se, tanto de forma individual (decrecente) quanto coletiva (crescente e mais perversa). Condutas que são ilegítimas e que desigualam se revelam em âmbito estrutural, entremeadas na sociedade e, não poderia ser diferente, nas estruturas institucionais, consequência de nefastas práticas produzidas pela globalização, de que deriva a guerra econômica travada por Estados e/ou grandes empresas. Cenário em que surgem graves problemas sociais e econômicos, em que se consagra que os esforços para a garantia de igualdade não geram seu efetivo gozo.

É nesse contexto, cada dia mais atual, que o trabalhador – na procura de um emprego, ou mesmo já empregado – está, a todo o momento, sujeito à lógica do mercado e aos graves problemas sociais e econômicos que a acompanham. Importa salientar, como o faz Ebenezer Lima de Oliveira⁷³⁵, que a estrutura conceitual e normativa do Direito do Trabalho, e do Direito Individual do Trabalho, é construída a partir da essencial constatação de diferenciação socioeconômica e de poder existente entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico – empregador e empregado.

Dentro desse contexto de superar-se a desigualdade existente e, por consequência, a garantia de igualdade e da não discriminação no âmbito do Direito do Trabalho, foram produzidos diversos documentos internacionais e regionais, que conduziram, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, a um “processo de aproximação e harmonização rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional”⁷³⁶. A fértil

⁷³⁴ Remete-se o leitor ao Capítulo 1 da Parte I, onde, de forma mais aprofundada, foi exposto o referencial histórico que envolve a matéria estudada neste Capítulo.

⁷³⁵ OLIVEIRA, Ebenezer Lima de - **Princípios Especiais do Direito do Trabalho**. Jusbrasil. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <https://ebenezeroliveira.jusbrasil.com.br/artigos/313486889/principios-especiais-do-direito-do-trabalho>.

⁷³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 32. 10.ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

criação de mecanismos normativos e de outras medidas, inclusive de natureza moral e econômica, demonstra que toda a comunidade internacional está voltada também para a valorização do trabalho. Visualiza-se, sem dúvidas, a preocupação de Estados, órgãos e entidades internacionais, sobretudo da Organização Internacional do Trabalho, em estabelecer parâmetros globais mínimos para as relações de trabalho no plano mundial.

Neste capítulo, será abordado este conjunto de ferramentas (normativas, planos de ação) envolvendo os trabalhadores, entre elas, as que se referem à proteção da maternidade, à igualdade do trabalho de homens e mulheres, à vedação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, à inserção do trabalhador deficiente no mercado de trabalho, enfim, à proteção do trabalho de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis.

3.1.1 Organização das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi estabelecida com base no sentimento existente na comunidade internacional de se evitar a deflagração de novos conflitos mundiais, como as duas Grandes Guerras, e de que era necessário encontrar formas de manter a paz entre os países. Estruturada para além do objetivo de controle militar, assumiu, também, a responsabilidade de garantir os direitos dos seres humanos, evidenciando que seu respeito deveria dar-se em toda a parte. Como forma de atingir seus objetivos, a Organização elaborou normas e ações relacionadas aos direitos humanos, incluídos aqueles de índoles sociais, caracterizados como de segunda dimensão de direitos⁷³⁷.

Deste modo a Carta das Nações Unidas evidencia que a estabilidade e o bem-estar de todos devem estar baseados no respeito ao princípio da igualdade de direitos (artigo 55). Lado outro, a promoção do trabalho, sem distinção de nenhuma espécie, está consignada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948⁷³⁸.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que todos possuem direito ao trabalho, livremente escolhido ou aceito e desenvolvido sob condições justas e favoráveis, que assegurem remuneração que proporcione,

⁷³⁷ COMPARATO, Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**, p. 203-204. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷³⁸ Seu texto prevê, expressamente: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Também ali é previsto o direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual (artigo 23, 1 e 2).

no mínimo, a todos os trabalhadores: “Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção”⁷³⁹.

Em nível de plano de ação, a ONU adotou a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em que são apresentados 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, voltados a instigar os vários países a combater, em todo o mundo, desigualdades e discriminações contra mulheres, com vistas a, entre outros resultados, retirar práticas que limitem o franco acesso ao trabalho decente. Este documento, também, contempla as pessoas com deficiência. O Objetivo 8 prevê como plano o pleno emprego e produtivo e o trabalho decente para, inclusive e especificamente, as pessoas com deficiência.

Ainda com a finalidade de ressaltar a não discriminação no trabalho, a mesma Organização lançou o documentário “O Futuro que Queremos: trabalho decente e inclusão de pessoas com deficiência”, produzido em série para a Internet, com episódios que mostram boas práticas de inclusão de pessoas com deficiências diversas no mundo do trabalho, em diferentes contextos, indicando que a inclusão é possível em qualquer situação e que as limitações estão na sociedade e não nas pessoas. Veja-se, ainda, o “Guia para empresas sobre os direitos das pessoas com deficiência”⁷⁴⁰, editado em parceria com o governo brasileiro, a OIT e a Rede Brasil do Pacto Global⁷⁴¹.

⁷³⁹ Destaca-se aí, em particular, que as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual. Assinala o Pacto, ainda, a igualdade de oportunidade “para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade” (artigos 6.º e 7.º). Seu artigo 10 convoca os Estados-partes a concederem proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto e a, durante esse período, assegurarem às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. Também dispõe o preceito o dever de se adotarem medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e todos os adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição, notabilizando o dever de proteção contra a exploração econômica e social e a punição por lei quando houver o emprego assalariado de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal (artigo 10, 3).

⁷⁴⁰ UNITED NATIONS. Global Compact; ILO. International Labour Organization. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_610270.pdf.

⁷⁴¹ Conforme seu texto, a publicação tem como objetivo “esclarecer como empresas devem respeitar e apoiar os direitos das pessoas com deficiência e se beneficiar a partir da inclusão”. Com 34 páginas, o Guia tem como instrumentos e princípios norteadores a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os Princípios do Pacto Global da ONU, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. No que mais interessa a este trabalho, destaca-se o segundo capítulo, que traz sugestões de políticas a serem adotadas por empresas que venham contribuir para o avanço dos direitos das pessoas com algum tipo de deficiência. (A esse respeito, em tópico específico, item 3.5, será abordada a questão sob o viés da responsabilidade social da empresa.) Sugere o guia, como exemplo, a adoção de anúncios de que a empresa trabalha com igualdade de oportunidades, além de realização de processo de recrutamento e de treinamento com igualdade de oportunidades, garantindo-se adaptações aos candidatos com deficiência, assim como seja promovido um ambiente de trabalho seguro e sem estigmas. Também ressalta a publicação o dever de garantia de confidencialidade de informações médicas, de promoção de ações para facilitar o equilíbrio entre o trabalho e a vida de todos, assegurando-se que todas as políticas contra violência e assédio incluam pessoas com

Não se poderia deixar de citar o Pacto Global ou *Global Compact*. Nascido da iniciativa do então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, durante o Fórum Econômico Mundial de Davos (Suíça), em janeiro de 1999, foi oficialmente lançado em 26/7/2000 no escritório da ONU, em Nova York (USA)⁷⁴². Promovido por uma rede de instituições internacionais⁷⁴³, foi concebido como fórum aberto à participação de empresas e outras organizações. O engajamento no *Global Compact* dá-se em adesão a seus princípios, mediante carta dirigida ao Secretário-Geral da ONU. Esses princípios estão inseridos nas áreas dos direitos humanos, do direito do trabalho, da proteção ambiental e do combate à corrupção. Quanto à questão trabalhista, referem-se a apoiar a liberdade de associação no trabalho, abolir o trabalho forçado, abolir o trabalho infantil, eliminar a discriminação no ambiente de trabalho, em perfeito alinhamento com a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Verifica-se, portanto, a existência de vários documentos e diversas iniciativas propostas pela Organização das Nações Unidas, que tem por orientação a premissa de que a persistência das desigualdades de raça, etnia, gênero, deficiência física impede o acesso às melhores posições e salários do mercado de trabalho, assim como a plena realização da democracia e do desenvolvimento dos países.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, mas agora no domínio específico do Direito do Trabalho, faz-se destaque dos seguintes trabalhos desenvolvidos pela Organização Internacional do Trabalho.

3.1.2 *Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT*

A implementação do direito humano à igualdade de oportunidades e tratamento nas relações de trabalho é um dos objetivos centrais da Organização Internacional do Trabalho. Observe-se que este eixo central já constava no documento que a instituiu, a Declaração da Filadélfia de 1944, no item II, alíneas *a* e *b*. A alínea *a* assegura a todos os seres humanos o direito a terem “as mesmas possibilidades”, ou seja, a igualdade de

deficiência. O documento conclama que os empregadores ofereçam mecanismos para que as pessoas que possuam ou desenvolvam qualquer deficiência possam garantir seus empregos.

⁷⁴² REDE BRASILEIRA DO PACTO GLOBAL. **Histórico**. [Em linha]. [Consult. 12 Mai. 2019]. Disponível em <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/63/Historico>>.

⁷⁴³ Organização Internacional do Trabalho (OIT); Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma); Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNDOC); e o Escritório de Alto Comissariado de Direitos Humanos (OHCHR). (In: BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática**. 2.^aPACTO GLOBAL ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155-156).

oportunidades. A alínea *b* determina comando de que o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional seja “a realização de condições que permitam o exercício de tal direito”. Assim, a Organização Internacional do Trabalho, além de relacionar esses objetivos, recomenda aos Estados-membros que ofereçam, criem e implementem condições para sua concretização. A OIT, como se nota, procura valorizar o indivíduo como trabalhador. Com vistas a promover o exercício desse direito fundamental nas relações laborais e convergindo para o alcance do trabalho decente, a OIT, desde 1919, produz um repertório de documentos (Convenções, Recomendações, Relatórios) sobre variados temas.

Neste tópico, elabora-se uma abordagem circunstanciada sobre os mencionados documentos.

3.1.2.1 Trabalho de igual valor entre homens e mulheres

Confrontada com a realidade⁷⁴⁴, na qual se consagra o desequilíbrio entre mulheres e homens como fenômeno generalizado e persistente, o princípio da igualdade nas relações laborais tem sido objeto de particular atenção por parte da Organização Internacional do Trabalho. Em tal contexto, foi acolhida a Convenção n.º 100, adotada em 29 de junho de 1951⁷⁴⁵, que trata da igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e a mão de obra feminina para função de igual valor. Nos termos da Convenção, a expressão “igualdade de remuneração” refere-se ao salário e a todas as outras vantagens pagas, em espécie ou *in natura*, com frequência fixa direta ou indiretamente pelo empregador sem discriminação fundada no sexo (artigo 1.º). Conforme este Documento, o princípio da igualdade assegura e incentiva a adoção de uma política de salários baseada na equidade de gênero e deve ser aplicada por diversos meios, como a legislação nacional⁷⁴⁶. A Convenção traz a atuação sindical como importante mecanismo para ajudar na solução dessa desigualdade,

⁷⁴⁴ A OIT produziu documento no qual afirmou que as mulheres são menos propensas a participar do mercado de trabalho do que os homens e têm mais chances de estarem desempregadas na maior parte dos países do mundo, salientando que a taxa global de participação das mulheres na força de trabalho ficou em 48,5% em 2018, 26,5 pontos percentuais abaixo da taxa dos homens, que foi de 75%. De acordo com o Quadro 1 do Relatório, a proporção foi de 81,1 para 69,3, em países em desenvolvimento, e de 68% para 52,4% em países desenvolvidos. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – **Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo: Tendências para Mulheres 2018**. [Em linha]. Genebra: OIT. 2018 (versão em espanhol). [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf).

⁷⁴⁵ Aprovada no Brasil mediante o Decreto Legislativo n.º 24, de 29 de maio de 1956, e o Decreto n.º 41.721, de 25 de junho de 1957. Revigorado pelo Decreto n.º 95.461, de 11 de dezembro de 1987. Em Portugal, a aprovação se deu mediante o Decreto-Lei n.º 47.302, de 4 de novembro de 1966. Pontue-se a adoção, também, da Recomendação n.º 90, em 1951, sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor.

⁷⁴⁶ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao Direito do Trabalho**, p. 105. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017.

conclamando que sejam firmadas convenções ou acordos coletivos entre empregadores e empregados dos países signatários.

3.1.2.2 Discriminação em matéria de emprego e ocupação

No domínio específico do acesso ao emprego e ocupação, sobressai-se a Convenção n.º 111, de 1958, concernente à Discriminação no Emprego e Profissão^{747 748}.

Destaque-se o artigo 1.º da Convenção⁷⁴⁹ – o qual apresenta ampla definição para a discriminação nas relações do trabalho –, a qual dispõe que a caracterização da discriminação é composta por duas etapas. A uma, por toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência fundada em qualquer dos motivos que enumera – sem caráter taxativo (*numerus clausus*), ressalte-se, mas exemplificativo (*numerus apertus*), como não deixa dúvida a alínea “b” do seu artigo 1.º. Nessa etapa, verifica-se que a discriminação não se caracteriza apenas pela exclusão, mas também pela distinção, ainda que provocada por um ato aparentemente neutro, e até mesmo por uma preferência, que traz vantagem aos preferidos e prejuízo aos preteridos em razão dessa preferência. A duas, o resultado, o efeito de destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. A Convenção ainda relaciona exceções do que não são considerados atos discriminatórios⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ No Brasil, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 104, de 24 de setembro de 1964, e pelo Decreto n.º 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Em Portugal, aprovada para ratificação pelo Dec. Lei n.º 42.520, de 23/9/1959.

Veja-se, também, a Recomendação 111 de 1958 da OIT sobre discriminação emprego e ocupações

⁷⁴⁸ O Documento preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, com a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento. Releva frisar que a OIT insere o objeto desta Convenção como direito fundamental, declarando em documento próprio “que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade”. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. In RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. (Org). - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 51).

⁷⁴⁹ “Art. 1º 1. Para os fins da presente Convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.” (In RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. (Org). **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 119).

⁷⁵⁰ “Art. 4 - Não são consideradas como discriminação quaisquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional. Art. 5 - 1. As

Deve ser citada, também, a Convenção n.º 117, sobre os objetivos e normas básicas da política social⁷⁵¹. Estabelece, em seu artigo 14, que os Estados-Membros devem construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de toda forma de discriminação entre trabalhadores, baseada na raça, na cor, no sexo, na crença, na qualidade de membro de um grupo tradicional ou na filiação sindical, em matéria de legislação e negociação coletiva, assim como na admissão a empregos públicos ou privados e nas condições de trabalho. A Norma determina, ainda, que devem ser tomadas medidas que venham reduzir quaisquer diferenças salariais que tenham como causa os fatores acima delineados, elevando-se a remuneração daqueles trabalhadores menos remunerados.

Permanecendo no contexto do presente tópico, cita-se a Convenção n.º 143, sobre as imigrações efetuadas em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes^{752 753}.

Tome-se nota da Convenção n.º 165, sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família,

medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação. 2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja, de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por motivos tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.” (In RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 119).

⁷⁵¹ Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1962. Aprovada em Portugal pelo Decreto n.º 57/80, de 1 de agosto de 1980.

No Brasil, foi ratificada por meio do Decreto Legislativo n.º 65, de 30 de novembro de 1966, e pelo Decreto n.º 66.496, de 27 de abril de 1970.

⁷⁵² Aprovada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1975, define que “o termo ‘trabalhador migrante’ designa uma pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego não por conta própria; compreende todo e qualquer indivíduo regularmente admitido como trabalhador migrante” (artigo 11). O Brasil não adotou essa Convenção. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções não ratificadas**. [Em linha]. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm). Em Portugal, Lei de aprovação n.º 52/78, de 25 de julho de 1978.

⁷⁵³ A Convenção em exame cuida da igualdade de tratamento e destaca a questão dos direitos fundamentais do homem e de todos os trabalhadores migrantes, reforçando a tese de que o trabalho humano não é uma mercadoria e deve ser compreendido com base em uma relação social mais ampla. Trata da igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, de direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e coletivas para aqueles que se encontram legalmente no território dos Estados-membros, na qualidade de emigrantes ou de familiares destes (artigo 9). Ressalta, porém, que as disposições de sua Parte II (justamente a que cuida especificamente de igualdade de oportunidades e de tratamento) não se aplicam aos trabalhadores do mar, aos trabalhadores artísticos temporários, as pessoas com fins educacionais ou de formação, bem como aos trabalhadores temporários representantes de uma empresa estrangeira. Também define que o trabalhador que tenha residido legalmente no país com a finalidade de empregar-se não poderá ser considerado em situação ilegal ou irregular pela simples perda do emprego, a qual, por si só, não deverá acarretar a revogação da sua autorização de residência ou, eventualmente, da sua autorização de trabalho (artigo 8.1).

adotada em 3 de junho de 1981⁷⁵⁴ ⁷⁵⁵. Este instrumento define o termo discriminação do modo como registrado nos artigos 1.º e 5.º da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958.

Por outro lado, veja-se a Convenção n.º 168, aprovada em 1.º de junho de 1988⁷⁵⁶. Tem como finalidade assegurar a todos – de forma igual, independente de gênero, sem discriminação por sexo – a promoção de todas as formas de emprego e proteção contra o desemprego, garantindo o acesso ao mercado de trabalho, e propiciar assistência ao desemprego involuntário e apoio econômico, assim, resguardar a renda e o sustento até o reingresso ao mercado de trabalho (Preâmbulo). Releva a importância da função social do trabalho, de modo que seja proporcionada ao trabalhador renda para seu sustento e de seus familiares, bem como seu sentimento de satisfação pessoal⁷⁵⁷.

No que se refere ao trabalho de pessoas pertencentes a grupos indígenas e tribais e à vedação de discriminação nesse segmento, cita-se a Convenção n.º 169 da OIT, de 27 de junho de 1989⁷⁵⁸ ⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ A Convenção não foi adotada pelo Brasil. Portugal a adotou. Decreto de aprovação n.º 66/84, de 11 de outubro de 1984. Note-se a Recomendação 165 sobre o mesmo tema, adotada em 3 de junho de 1981. (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. R165 - **Recomendação sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores**: Trabalhadores com Encargos de Família. [Em linha]. [Consult. 18 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242744/lang--pt/index.htm).

⁷⁵⁵ Seu considerando ressaltada o Parágrafo 14 do preâmbulo das Nações Unidas, de 1979, sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher, a Recomendação sobre Emprego (Mulheres com Encargos de Família), de 1965, e a Parte VIII da Recomendação sobre o Desenvolvimento de Recursos Humanos, de 1975. Conforme seu artigo 3.º, a Convenção visa dar efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com responsabilidade com relação a seus filhos dependentes, assegurando o exercício desse direito sem sujeição a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família.

⁷⁵⁶ RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. (Org). - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 185. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 89, de 10 de dezembro de 1992, e pelo Decreto n.º 2.682, de 21 de julho de 1998. Portugal não adotou essa Convenção.

⁷⁵⁷ Dessa forma, os países signatários devem garantir proteção contra o desemprego, principalmente por meio de concessões de subsídios, contribuindo para a promoção do pleno emprego, produtivo e livremente escolhido (artigo 2.º). A Convenção também eleva o princípio da igualdade, descrevendo que todos os países membros deverão adotar medidas de proteção eficazes a todas as pessoas, sem discriminação fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, entre outras formas (artigo 6.º). Ainda, conta com previsão de sistema de pagamento de uma indenização para a pessoa que se encontre em estado de desemprego total ou parcial, vale dizer, quando houver “suspensão de rendimentos como consequência de uma suspensão temporária do trabalho, sem término da relação de trabalho” (artigo 15).

⁷⁵⁸ Adotada pelo Brasil: Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Portugal não adotou essa Convenção.

⁷⁵⁹ Seu artigo 2.º determina: “1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral. 2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes aos povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a: a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão; b) remuneração igual por trabalho de igual valor; c)

Percebe-se que a Convenção n.º 169 possui mecanismos a fim de assegurar que políticas nacionais de trabalho sejam desenvolvidas, tendo por base as necessidades de indígenas e pessoas pertencentes a tribos. Evidencia-se, pois, a necessidade de se viabilizar igualdade de tratamento, de forma que se possa conciliar o desenvolvimento econômico global com o desenvolvimento específico e regional desses povos.

Nota-se que o citado documento impõe que a questão seja tratada sob o aspecto da discriminação positiva, de forma que contratos individuais, normas coletivas e processuais levem em consideração as características próprias do povo indígena, prevendo-se jornada específica e adequada ao costume indígena de labor⁷⁶⁰.

Da mesma forma, torna-se público o Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho⁷⁶¹. Segundo a OIT, o Relatório aplica-se a todos os empregadores e trabalhadores (inclusive candidatos a emprego) nos setores público e privado e a todos os tipos de trabalho, formal e informal. Nos termos da apresentação do Relatório, trata-se de instrumento criado pela Organização com vistas a auxiliar a estancar o avanço da doença, em particular no “mundo do trabalho”. Destaca-se o objetivo de “oferecer um conjunto de diretrizes relativas à epidemia do HIV/Aids no mundo do trabalho e no marco de promoção do trabalho decente”, pois a doença afeta os direitos fundamentais no trabalho

assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais benefícios derivados do emprego, bem como a habitação; d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais. 3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que: a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão de obra, gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos recursos de que dispõem; b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas; c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos, incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas; d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual. 4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

⁷⁶⁰ Inclui-se, na lição de Marcelo José Ferlin D’Ambroso, ausência de aplicação de confissão ficta quando o trabalhador índio não comparecer à audiência em que deveria prestar depoimento, procedimentos que levem ao adequado tratamento desse laborista, assim como a criação de organização sindical indígena ou, em sua inexistência, criação de seção específica no sindicato para essa finalidade. Diz o doutrinador que, se não houver essa mudança de pensamento, o processo de exclusão e discriminação continuará a se perpetuar. (In D’AMBROSO, Marcelo José Ferlin - A Convenção n.º 169 da OIT e o Trabalho Indígena no Brasil. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 368).

⁷⁶¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - **Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho** / Organização Internacional do Trabalho, [Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho]. [Em linha]. 3.ª ed. - Brasília: OIT, 2010 (web pdf). [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229645.pdf.

no que diz respeito à discriminação e estigmatização de empregados e das pessoas que vivem com o HIV/Aids, ou são por ele afetados⁷⁶².

Esse valioso instrumento apresenta a definição de adaptação racional do trabalho, correspondendo-a a “toda modificação ou ajuste a uma tarefa ou a local de trabalho, racionalmente viável, que possibilite a uma pessoa que vive com HIV/Aids acesso à participação ou à promoção no trabalho” (Item 5.2, j, p. 48). Ao mesmo tempo, adota como um dos princípios-chave o da vedação de *Screening*⁷⁶³, bem como o da confidencialidade⁷⁶⁴.

Recomenda o Relatório que todos os trabalhadores, inclusive portadores do HIV, tenham direito a serviços de saúde disponíveis, não devendo haver discriminação contra eles e seus dependentes com relação a acesso e usufruto de benefícios de planos oficiais e suplementares de seguridade social. O Repertório alberga o trabalhador, colocando-o sob o sistema de proteção do trabalho digno, quando instiga o empregador, mesmo quando voluntariamente assim o desejar o empregado, a não realizar o teste de HIV no local de trabalho.

Entende-se que, mesmo fora do local de trabalho, o teste deve ser confidencial. Nesse contexto, realça o Documento que, onde houver, os serviços de saúde no local de trabalho devem oferecer, em cooperação com o governo e os demais interlocutores sociais relevantes, a maior variedade possível de serviços de saúde em prevenção e tratamento do HIV/Aids e assistir os trabalhadores com HIV/Aids. Assinala, também, que a testagem não pode servir de elemento para que o empregador venha contratar qualquer seguro de vida. Nota-se a importância desse trabalho, uma vez que se dedica à proteção do trabalhador, o qual, mesmo titular dessa condição, não deixa de ser pessoa detentora de direitos relacionados à personalidade.

⁷⁶² Salienta o Documento: “A epidemia e seu impacto têm efeitos mais graves sobre grupos vulneráveis, inclusive mulheres e crianças, aumentando, assim, as desigualdades de gênero já existentes e exacerbando o problema do trabalho infantil”. Ainda ali se ressalta que a doença se mostra como grande ameaça ao trabalho, na medida em que afeta a força de trabalho, reduz salários, impõe altos custos a empresas de todos os setores, diminui a produtividade e aumenta a perda de capacidades e de experiência.

⁷⁶³ Em tradução para a língua portuguesa, rastreamento, conforme Dicionário Informal *Linguee*. Trata-se de investigação de indivíduos assintomáticos para a identificação presuntiva de doença não reconhecida, realizada por meios diretos, indiretos ou perguntas sobre testes já realizados e medicação. (In ELUF NETO, José - Screening - Faz bem à Saúde? **Revista da Associação Médica**. Vol.46 n.4 São Paulo Oct./Dec. 2000. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019] Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302000000400028).

⁷⁶⁴ Assim se exterioriza (item 4.7, p. 35): Nada justifica que se peça a candidatos a emprego ou a trabalhadores que deem informações pessoais sobre o HIV/Aids; tampouco devem colegas de trabalho ser obrigados a revelar essa informação pessoal sobre outros colegas. O acesso a dados pessoais relativos à situação de HIV de um trabalhador deve ser sujeito às regras de confidencialidade constantes no repertório de práticas da OIT, de 1997, sobre a proteção de dados pessoais de trabalhadores.

3.1.2.3 Políticas destinadas à inserção da pessoa deficiente no mercado de trabalho

Pela perspectiva da ação internacional, o direito das pessoas com deficiência ao trabalho decente sem discriminação foi contemplado na Convenção n.º 159, de 1.º de junho de 1983, sobre Reabilitação Profissional e Emprego (e Recomendação 168). Esta Convenção apresenta definição de deficiência⁷⁶⁵ e estabelece princípios e ações para a reabilitação profissional, bem como políticas de emprego para pessoas com deficiência. O Instrumento garante a consulta das organizações representativas de empregadores, de trabalhadores e dos próprios deficientes, além de descrever a finalidade da reabilitação profissional, que é permitir que a pessoa deficiente possa obter e conservar o emprego, progredir e se promover, de modo que haja a inserção ou a reinserção dessa pessoa na sociedade⁷⁶⁶.

Apesar de se mostrar como importante instrumento de incentivo à inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência, deve-se notar que a Convenção n.º 159 fixa a deficiência como resultado de perdas ou anormalidades, que geram incapacidades. Esta Convenção ainda possui a visão da deficiência essencialmente individualista, coadunando-se com um modelo que tem a deficiência como consequência de lesão corporal, de forma que a segregação social, o desemprego, a baixa escolaridade e outros tipos de opressão à pessoa com deficiência decorrem da inabilidade do corpo em realizar trabalho produtivo. Há de ser superada, portanto, esta concepção. A inclusão pelo trabalho da pessoa com deficiência situa-se sob outro paradigma: a deficiência é apenas mais uma característica da condição humana, como se ressaltou.

A perspectiva a ser adotada é a da identificação das pessoas como membros ativos da sociedade, possuidoras de plena capacidade para suas escolhas. Ainda na lição de

⁷⁶⁵ “Artigo 1º, 1: todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.” (In RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: Ltr., 2017. p. 169).

O Brasil adotou a Convenção pelo Decreto Legislativo n.º 51, de 25 de agosto de 1989, e pelo Decreto n.º 129, de 22 de maio de 1991.

Portugal aprovou a Convenção por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 63/1998, de 2 de dezembro de 1998; Decreto de ratificação (do Presidente da República) n.º 56/1998, de 2 de dezembro de 1998.

⁷⁶⁶ Há previsão de obrigação de formular e implementar políticas que promovam oportunidades de emprego para esse especial grupo de pessoas. Também se estabelece que a igualdade de oportunidades para homens e mulheres com deficiência seja respeitada e se inclui o conceito de medidas positivas (artigo 4.º). Perceba-se que a Convenção trata, também, da questão de gênero, enfocando o tema sob perspectiva de discriminação interseccional, que ocorre quando estão presentes dois ou mais critérios de discriminação proibidos. (Sugere-se consultar RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo da, com vistas a conhecer de forma mais abrangente o tema. In RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo da - Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n.º 16. Brasília, janeiro - abril de 2015, p. 11-37. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2223/1974>).

Gustavo Borges da Costa e Luciane Borges da Costa, a abordagem das capacidades apregoa a liberdade de escolha das pessoas, fator que proporciona o acesso a outros tipos de liberdade pela transformação de oportunidades em bem-estar e na expansão do conjunto capacitário individual⁷⁶⁷.

Nesse contexto, a OIT produziu a intitulada *Gestão de Questões Relativas a Deficiência no Local de Trabalho: Repertório de recomendações práticas da OIT*⁷⁶⁸.

Assim como registado no trabalho denominado “Ação Sindical sobre o Trabalho Decente das Pessoas com Deficiência: Um Panorama Mundial”⁷⁶⁹, a contratação de pessoas com deficiência deve ser vista como qualquer outra, na medida em que se esperam do trabalhador nessas condições profissionalismo, dedicação e assiduidade. Com este tom, materializa-se a igualdade real entre as pessoas.

3.2 Tutela normativa no direito comunitário

Conforme afirmado, o moderno constitucionalismo europeu busca proteger os direitos e as liberdades, além de impor obrigações positivas a serem observadas por cidadãos, empresas de todas as dimensões, associações, administração pública e qualquer outra organização do setor público ou privado. No plano da União Europeia, percebe-se a existência de extensa produção legislativa de valorização da igualdade como valor axiológico e, bem

⁷⁶⁷ COSTA, Gustavo Borges da; COSTA, Luciane Borges da - Nada sobre nós sem nós: Uma Análise sobre Inclusão Social pelo Trabalho — A Convenção n.º 159 da OIT e a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: Ltr, 2014, p. 368.

⁷⁶⁸ Tal Repertório foi concebido com o propósito de orientar empregadores de grandes, médias ou pequenas empresas, tanto do setor público quanto do privado, bem como o Poder Público, de países em desenvolvimento ou altamente desenvolvidos, para adotarem estratégia positiva de gestão de questões relativas a pessoas com deficiência no local de trabalho. Consoante capítulo próprio, 1.2, o Documento tem por base a certeza de que a contratação de pessoas com deficiência redundará em benefícios para o empregador, uma vez que essas pessoas, em posições que correspondam a suas competências e capacidades, podem dar contribuição significativa para a empresa em que trabalha, contanto que a gestão de questões relativas a deficiência seja conduzida de maneira apropriada. Esclarece-se, ainda, que a manutenção no emprego de trabalhadores deficientes que possuem experiência profissional pode beneficiar a empresa, sendo “possível fazer consideráveis economias em gastos com saúde, em pagamentos de seguros e em tempo, caso se estabeleça uma estratégia eficaz de gestão da deficiência” (1.2.3 – p. 2). (In ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Secretaria Internacional do Trabalho. **Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho: Repertório de recomendações práticas da OIT**. [Em linha]. Tradução de Edilson Alkmin Cunha; revisão técnica de João Baptista Cintra Ribas. 1.ª ed., rev. Brasília: OIT, 2006. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---brasilia/documents/publication/wcms_226252.pdf.)

⁷⁶⁹ PAULA, Albertina Sarti de, et al. **Ação Sindical sobre o Trabalho Decente das Pessoas com Deficiência: Um Panorama Mundial**. Tradução: Romeu Kazumi Sasaki. OIT, 2017. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em http://www.ecidadania.org.br/media/Documento%20da%20pesquisa%20da%20OIT_%20OIT_v4.pdf.

assim, de vedação de discriminação (em seu sentido negativo) no local de trabalho⁷⁷⁰. O quadro de normas da União Europeia prevê a aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação, contemplando, entre outras, a proteção contra a desigualdade de tratamento na candidatura a um emprego; a proteção no local de trabalho contra os abusos e o assédio, incluindo intimidação e insultos; a proteção em caso de bloqueio da carreira ou recusa de formação devido à discriminação; a proteção das trabalhadoras grávidas e lactantes, incluindo os direitos a licença de parto e a licença parental^{771 772}.

Ainda no plano comunitário⁷⁷³, a positivação desses princípios foi introduzida no Tratado de Roma de 1957, que prevê a igualdade de remuneração entre homens e mulheres pelo mesmo trabalho ou um trabalho de igual valor; na Carta das Mulheres, adotada a 5 de março de 2010, que conclama para a mobilização de todos os instrumentos, tanto legislativos como não legislativos, para colmatar a disparidade de remuneração entre mulheres e homens; e no Pacto Europeu para a Igualdade entre Homens e Mulheres (2011-2020), aprovado em 7 de março de 2011, em que o Conselho Europeu insta os Estados-membros a buscarem promover o emprego das mulheres de todas as faixas etárias e pôr termo às disparidades entre homens e mulheres no emprego, no que se refere à diferença salarial, e na proteção social.

⁷⁷⁰ Advirta-se, porém, que, nada obstante a vasta elaboração de um dos mais amplos conjuntos de normas sociais e de desenvolvimento de medidas contra a discriminação, vários estudos analisados permitiram perceber a existência de muitos casos de discriminação no mercado de trabalho, no âmbito da União Europeia, sobretudo em relação a imigrantes e minorias, além das tradicionais formas de discriminação por gênero, raça, origem étnica, religião e idade. Nesse contexto, veja-se: PRIES, Ludger; BEKASSOW, Natalia - Discriminação e Racismo na União Europeia: diagnóstico de uma ameaça negligenciada e da investigação científica correspondente. **Revista Sociologias**. [Em linha]. Porto Alegre, ano 17, n.º 40, set/dez 2015, p. 176-211. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <https://www.seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/61051>.

⁷⁷¹ O Parlamento Europeu aprovou nova Diretiva sobre a conciliação entre a vida profissional e a familiar a qual determina aumento nos períodos mínimos das licenças de paternidade, parentais e também dos cuidadores. No caso dos pais ou de alguém equivalente, essa nova diretiva estabelece um mínimo de dez dias úteis de licença de paternidade. A novel Diretiva revoga a Diretiva 2010/18/UE do Conselho, mas, até este momento, não recebeu número, nem foi publicada no Jornal Oficial.

⁷⁷² Maria do Rosário Palma Ramalho aponta como normativos comunitários reguladores do tema as Diretivas 75/117/CEE, de 10 de fevereiro de 1975, e 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, que tratam do enunciado geral do princípio da igualdade remuneratória; 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002, e 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, que dispõem sobre o enunciado geral do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego e no trabalho; 86/613/CEE, de 11 de dezembro de 1986, que regula a extensão do princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento aos trabalhadores e trabalhadoras independentes; 92/85/CEE, de 19 de outubro de 1992, que trata da tutela das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes; 96/34/CE, de 3 de junho de 1996, que traça o regime jurídico da licença parental; a Resolução n.º 9303/2000, do Conselho da União Europeia, de 19 de junho de 2000, sobre a conciliação equilibrada entre a vida familiar e profissional por trabalhadores e trabalhadoras; e as Diretivas 97/80/CE, de 15 de dezembro de 1997, e 2006/54, de 5 de julho de 2006, que regulam a repartição do ônus da prova nas ações judiciais relativas à igualdade. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Direito Social na União Europeia**, p. 163-167. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009).

⁷⁷³ Quando não houver remissão a outra fonte, o quadro legislativo foi obtido em: PARLAMENTO EUROPEU. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/portal/pt> ou em CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em http://cite.gov.pt/Legis_Nac/index.html.

3.3 Tutela normativa no Direito português. Proteção na esfera constitucional e infraconstitucional

Ao traçar uma visão panorâmica da situação jurídica portuguesa, em matéria de igualdade no domínio laboral no universo comunitário, Maria do Rosário Palma Ramalho aduz que “a organização dos diversos sistemas jurídicos na promoção da igualdade no universo comunitário é feita, na verdade, de formas muito diversas”^{774 775}.

Nesses termos, apura-se variada legislação que cuida da matéria no âmbito português.

Em nível da Constituição da República Portuguesa, o artigo 58.º, 1, define: “Todos têm direito ao trabalho”. E, para se assegurar este direito, nos termos do número “2, b”, “incumbe ao Estado promover”: “A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais”. Estabelece o artigo 59.º assegura a todos os trabalhadores, sem qualquer distinção, o princípio da igualdade salarial para trabalho igual, de forma a garantir a esses trabalhadores uma existência digna.

Esse mesmo artigo 59.º, agora no item 2, determina que o Estado deve “assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito”, destacando a especial proteção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes (alínea “e”).

Por sua vez, o artigo 68.º, 3 e 4, assegura às mulheres o direito “a especial proteção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias”, bem como às mães e aos pais a produção de lei que regule a atribuição a ambos de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do agregado familiar.

⁷⁷⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Estudos de Direito do Trabalho**, vol. I, p. 228-230. Coimbra: Almedina, 2003.

⁷⁷⁵ Segundo seu magistério, o princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores, embora emanado do princípio da interdependência dos vínculos jurídicos, possui autonomia, consagrando valor ético, destacando que, no caso português, referido instituto concretiza-se com base no princípio constitucional da não discriminação, de que trata o artigo 13.º da Constituição da República de Portugal, e outros princípios menores, como os da igualdade de oportunidades no acesso ao emprego e na carreira e o da igualdade de tratamento e de salário durante o contrato (artigos 47.º, n.º 2; 58.º, n.º 2, *b*, e 59.º, n.º 1, *a*). A autora informa, também, que a transposição das regras comunitárias para o direito português deu-se pelo DL n.º 392/79, de 20 de setembro, DL n.º 426/88, de 18 de novembro, e pela Lei n.º 105/97, de 13 de setembro. (In RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Estudos de Direito do Trabalho**, vol. I, p. 990. Coimbra: Almedina, 2003). Vide Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

No plano infraconstitucional, encontram-se diversos documentos que cuidam de agenda específica de promoção da igualdade de oportunidades e de proteção à discriminação na relação laboral⁷⁷⁶.

Ressalta-se que o Código de Trabalho de Portugal (artigos de 23.º a 32.º), ao tratar do tema, descreve os fatores que ensejam a discriminação (artigo 24.º, n.º 1)⁷⁷⁷, proibindo o empregador da prática de qualquer desses fatores, tornando-os inválidos e classificando-os como violação muito grave (artigo 25.º, n.ºs 1, 7 e 8)⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ Relaciona-se, nesta oportunidade, legislação dirigida a assegurar a igualdade material de gênero.

A Lei n.º 9/2001, de 21 de maio, reforça os mecanismos de fiscalização e punição das práticas laborais discriminatórias em função do sexo. A Lei n.º 10/2001, de 21 de maio, incumbe o Governo de enviar anualmente à Assembleia da República, até o fim de cada sessão legislativa, relatório sobre o progresso da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, no emprego e na formação profissional. Por sua vez, a Lei n.º 3/2011, de 15 de fevereiro, proíbe qualquer discriminação no acesso e no exercício do trabalho independente e transpõe a Diretiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho, a Diretiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro, e a Diretiva n.º 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho.

Pontua-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2012, de 8 de março, que sublinha a necessidade de promover efetiva pluralidade na representação de mulheres e de homens em lugares de decisão, tanto para o setor público como para o privado e incentiva a adoção de práticas de bom governo, suscetíveis de contribuir para a sustentabilidade econômica de Portugal. Veja-se a Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), que, remetendo-se ao Código do Trabalho, prevê que o vínculo de emprego público se dê sob o manto da igualdade e não discriminação (artigo 4.º, c). Também a Resolução do Conselho de Ministros n.º 18/2014, de 5 de março de 2014, que estabelece um conjunto de medidas a adotar para contrariar a tendência histórica de desigualdade salarial penalizadora para as mulheres, tendo em vista alcançar uma efetiva igualdade de gênero, bem como a Portaria n.º 84/2015, de 20 de março, diploma que cria e regulamenta a medida de Promoção de Igualdade de Gênero no Mercado de Trabalho.

Destaca-se a Lei n.º 133/2015, de 7 de setembro, que cria mecanismos de proteção para trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes. Interessante seu artigo 2.º, 1, que obriga tribunais a registrar as decisões transitadas em julgado que tenham condenado empresas por despedimento ilegal de grávidas, puérperas ou lactantes, procedendo à comunicação diária dessas condenações à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.

Ainda, a Lei n.º 46/2014, de 28 de julho, que autoriza o Governo, no âmbito da transposição da Diretiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a proceder à alteração ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, definindo, como um dos objetivos, estabelecer que a política interna de seleção e avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização deve promover a diversidade de qualificações e competências necessárias para o exercício da função, fixando objetivos para a representação de homens e mulheres e concebendo uma política destinada a aumentar o número de pessoas do gênero sub-representado com vistas a atingir os referidos objetivos.

Estabelece a Lei n.º 62/2017, de 1.º de agosto, o regime de representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa. A Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, reforça o quadro legislativo para a prevenção da prática de assédio, procedendo à décima segunda alteração ao Código do Trabalho, aprovado em anexo à Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; à sexta alteração à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada em anexo à Lei n.º 35/2014, de 20 de junho; e à quinta alteração ao Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de novembro.

A Lei n.º 60/2018, de 21 de agosto, aprova medidas de promoção da igualdade remuneratória entre mulheres e homens por trabalho igual ou de igual valor e procede à primeira alteração à Lei n.º 10/2001, de 21 de maio, que instituiu um relatório anual sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

⁷⁷⁷ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

⁷⁷⁸ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

3.4 Tutela normativa no Direito brasileiro. Proteção na esfera constitucional e infraconstitucional

No âmbito constitucional, embora não conceitue a discriminação, a Constituição da República Brasileira reforça os dispositivos de tais normas, elevando vários deles ao *status* constitucional. Isso porque estabelece como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a não discriminação e a igualdade, prevendo, em seu art. 3.º, como objetivos fundamentais da República, entre outros, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Note-se que a flexão do verbo utilizada na Carta Constitucional Brasileira é sempre afirmativa, a conduzir a uma posição ativa, e não estática. Todo este conjunto de normas leva a crer que não basta não discriminar, faz-se mister implementar uma igualização real de oportunidades.

O artigo 7.º, inciso XXX, da CRFB proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Nesse inciso constitucional, vigora o princípio da igualdade, que deve ser observado, quer nas relações do trabalho, quer nos períodos pré-contratuais. O inciso III desse preceito determina que a discriminação pelo estado civil é violação a mandamento constitucional, sendo a mulher uma das maiores vítimas desse preconceito, uma vez que ela, quando casada, tem maiores possibilidades para a maternidade. Desse mesmo artigo, o inciso XXXI traz a proibição de qualquer ato discriminatório no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Na esfera infraconstitucional, o art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), sem usar a expressão discriminação, determina: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”⁷⁷⁹.

A Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos de contratação ou de permanência da relação jurídica de trabalho. A norma encerra o conceito do ato

⁷⁷⁹ A proibição de discriminação de acesso ao emprego foi prevista na Lei n.º 1.390, de 3 de julho de 1951. A Lei n.º 5.473, de 10 de julho de 1968, de natureza civil, com reflexos trabalhistas, estabeleceu a nulidade de atos que criem discriminação entre brasileiros de ambos os sexos para o provimento de empregos nas áreas pública e privada (art. 1.º). Importante observar que a referida lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, a discriminação por efeito adverso, ou indireta, uma vez que aponta como nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, venham resultar em discriminação.

Já a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definiu “[...] os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, com uma grande lista de tipos penais, inclusive aplicáveis às relações de trabalho (artigos 3.º, 4.º e 16).

discriminatório (art. 1.º) com base em seu resultado⁷⁸⁰, refutando qualquer prática discriminatória no âmbito trabalhista, direta ou indireta. Também pode ser verificado que, ao enunciar a proibição da prática discriminatória que limite – prejudicando o trabalhador de alguma forma – o acesso ao trabalho ou a manutenção da relação de trabalho, veda-a com amplitude, ainda que o prejuízo resultante seja parcial.

Incorporando à CLT novas regras a respeito do acesso da mulher ao mercado de trabalho, a Lei n.º 9.799, de 26 de maio de 1999, também enumera uma extensa quantidade de condutas discriminatórias, cuja prática é vedada ao empregador (artigo 373-A), ressalvando a possibilidade de adoção de medidas afirmativas temporárias que visem corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao trabalho em igualdade de condições com os homens (arts. 373-A, parágrafo único, 390-B e 390-C da CLT). Nesse dispositivo, estão relacionadas todas as condutas discriminatórias que atentam contra o direito de igualdade da mulher, inclusive as previstas na Convenção n.º 111 da OIT.

O Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003), em seu artigo 27, veda, na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir, ressaltando o parágrafo único do preceito como primeiro critério de desempate em concurso público a idade, “dando-se preferência ao de idade mais elevada”.

Note-se, ainda, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015 –, cujo texto tem como base a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e apresenta várias medidas em ordem a assegurar diversos direitos à pessoa com deficiência, relevando-os em contexto de sua dignidade, suas singularidades. A norma afirma, entre outros, o direito fundamental ao trabalho, ressaltando que este se dá sob sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, inclusive em termos remuneratórios, realizado em ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos, vedada qualquer restrição e discriminação em razão de sua condição (artigos 34 a 37). A Lei n.º 11.788, de 25 de setembro de 2008, dispõe sobre o estágio de estudantes, e estabelece, em prol da pessoa deficiente, 10% das vagas entre as oferecidas pela parte concedente do estágio, bem como prevê a possibilidade de o estágio se prolongar por prazo superior a dois anos para o estudante com deficiência (artigos 11 e 17, § 5.º). Nos termos do art. 428 da CLT, o empregador contratará aprendizes com deficiência sem a limitação de

⁷⁸⁰ Anexo I. Legislação. Brasil. Lei n.º 9.029, de 13/04/1995.

idade máxima de 24 anos, assim como o contrato poderá vigorar por prazo superior a dois anos (artigo 428, caput e §§ 3.º e 5.º).

3.5 Responsabilidade social das empresas

3.5.1 Conceitos, características e teorias

Não é propósito deste trabalho aprofundar-se no tema da responsabilidade social, mas apenas procurar discutir os condicionantes e os efeitos da conduta empresarial em relação ao trabalhador, ao ambiente em que ele desenvolve sua tarefa. Esta reflexão também serve de suporte para proclamar e cobrar a prática da responsabilidade e o efetivo poder/dever que compete às empresas na promoção da não discriminação e políticas de igualdade de oportunidades nas relações de trabalho.

Com o avanço da globalização, de que decorre a ampliação do espaço do mercado, e evidenciada a necessidade de reestruturação do Estado, que se revelava incapaz de empreender tarefas e funções cada vez mais complexas, e à vista das mudanças ocorridas nos campos político, tecnológico e social, ganha força, sobretudo a partir dos anos 60 do século XX, a discussão em torno da moral e ética das empresas, tanto em suas atividades internas, quanto em relação a seu papel social. Segundo R. Edward Freeman⁷⁸¹, os movimentos sociais ocorridos nas décadas de 1960 e 1970 sobre o meio ambiente, o direito das mulheres, o consumismo, os direitos civis e contra as guerras também serviram para repensar o papel das empresas na sociedade.

Surgem, portanto, novos padrões de negócios, novos parâmetros para a atuação estratégica das empresas, levando-se em consideração que as decisões tomadas afetam o sistema social como um todo. Nessa ordem, o papel social das empresas não mais se resumiria ao cumprimento das obrigações legais, na distribuição dos lucros aos acionistas; passa a fazer parte do negócio, para além do compromisso com a melhoria da qualidade de vida da comunidade na qual a empresa está inserida, o respeito ao desenvolvimento sustentável. Envolvem-se questões relacionadas aos efeitos da atuação empresarial sobre indivíduos, grupos, sociedade e o meio ambiente. Eduardo Antônio Resende Homem da Costa defende que o empresário e seu empreendimento estão inseridos no ambiente social e, por isso, todos os envolvidos nesse ambiente são primordiais para gerar as transformações necessárias, bem

⁷⁸¹ FREEMAN, Robert Edward - **Strategic management: a stakeholder approach**. Cambridge University Press. 1984, p.38.

como a riqueza, mas sem ampliar a miséria, danosa ao desenvolvimento de qualquer empreendimento⁷⁸².

Esse padrão de pensamento se insere no âmbito da responsabilidade social empresarial, fenômeno construído e conduzido por vários agentes e instituições que o formam, sendo resultado do contexto histórico, político e econômico⁷⁸³.

Observa-se não existir, na literatura especializada, consenso sobre o conceito de responsabilidade social empresarial, e o tema é abordado conforme as diversas teorias que a informam, segundo o modo como se dá a relação da empresa com a sociedade, com o meio ambiente, além de como se percebe o papel do Estado, da sociedade civil. Resulta, pois, a dificuldade em conceber-se, com precisão, o instituto em estudo. Colhem-se alguns critérios, que apontam para o delineamento de que uma empresa é socialmente responsável quando vai além da obrigação de respeitar as leis, pagar impostos, gerar empregos e obter lucros.

Enfim, configura-se a responsabilidade social empresarial quando a empresa se alinha com a sociedade além de relações comerciais, compatibilizando seus objetivos com a preservação ambiental, inclusão social e desenvolvimento humano⁷⁸⁴.

Contribuindo para um conceito, José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira⁷⁸⁵ apresentam o esquema apresentado por Archie B. Carroll, que, em *A three-dimensional conceptual model of corporate performance*, concebe a responsabilidade social das empresas dentro das expectativas econômicas, legais, éticas e discricionárias que a sociedade tem em relação às organizações em um determinado período⁷⁸⁶.

⁷⁸² COSTA, Eduardo Antônio Resende Homem da - Responsabilidade Social Empresarial: fatos e motivações. Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Portal de Periódicos. **Cadernos Zygmunt Bauman**. v. 5, n.º 10. 2015, p. 123/147. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/download/4198/2282>.

⁷⁸³ KREILTON, Maria Priscilla - **A Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade**: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. ANPAD – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gsa-2651.pdf>.

⁷⁸⁴ A primeira referência ao tema, ainda que centrada na responsabilidade social corporativa, aparece nos Estados Unidos, em 1953, em um estudo de Howard Bowen, que, em sua obra *Social Responsibility of the Businessman*, lança questionamentos acerca das responsabilidades que se espera que um empresário assuma para com a sociedade, ao tempo em que sustenta que responsabilidade social é obrigação dos homens de negócios em adotar orientações, tomar decisões e seguir linhas de ação compatíveis com os fins e valores da sociedade. (In COSTA, Eduardo Antônio Resende Homem da - Responsabilidade Social Empresarial: fatos e motivações. Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Portal de Periódicos. **Cadernos Zygmunt Bauman**. V. 5, n.º 10. 2015, p. 123/147. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/download/4198/2282>.)

⁷⁸⁵ BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável**: da teoria à prática. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

⁷⁸⁶ Archie B. Carroll propôs um modelo de responsabilidade social em forma de pirâmide, modelada em quatro estruturas, da base para o topo: Responsabilidade Econômica, Responsabilidade Legal, Responsabilidade Ética e Responsabilidade Filantrópica. Para o autor, a base da pirâmide envolve a vertente econômica na perspectiva da organização enquanto entidade lucrativa, ou seja, o objetivo básico de uma entidade empresarial é

Ainda no campo conceitual, a Comissão Europeia definiu, em seu Livro Verde (2001), a responsabilidade social “como a integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na sua interação com outras partes interessadas”⁷⁸⁷.

Sob tal prisma, a responsabilidade social empresarial direciona-se à divisão de responsabilidades, pela qual o engajamento do setor privado – aliada à atuação do Estado – apresenta-se fundamental para promover o bem-estar social.

O tema não encontra uniformidade de modo que se verificam visões antagônicas sobre a ação empresarial. Assim, a abordagem ideológica conforma um determinado modelo de gestão empresarial.

Podem, nesse contexto, ser apresentadas algumas teorias para melhor compreensão da matéria.

A Teoria do Acionista (ou *shareholder*) encontra suporte nas ideias de Milton Friedman, expostas em seu livro *Capitalismo e Liberdade*, em que ele afirma que a geração de lucros dentro da lei é a responsabilidade social da empresa^{788 789 790}.

o de gerar retorno econômico. A dimensão responsabilidade legal revela-se no sentido de esse lucro ser legal. Além da legitimidade, é necessário que os projetos da entidade sejam éticos aos olhos da sociedade. Na dimensão discricionária ou filantrópica, a responsabilidade condiz com auxílio, contribuições, que se realizam para comunidades, projetos, instituições. (In CARROLL, Archie B. - A three-dimensional conceptual model of corporate performance. *The Academy of Management Review*, v. 4, n.º 4, out/1979, p. 497-505. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/257850?seq=3#metadata_info_tab_contents).

⁷⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEU. Comissão das Comunidades Europeias. Livro Verde. [Em linha]. Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, p. 07. Ponto 20. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=EN>.

⁷⁸⁸ FRIEDMAN, Milton - **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Gen/LTC 2014, p. 70.

⁷⁸⁹ Segundo José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira, Milton Friedman raciocina que o lucro dentro da lei representa a produção pela empresa de um bem ou serviço socialmente importante e, com isso, ela pode remunerar os fatores de produção (capital e trabalho), obtendo vantagens a sociedade, com renda, e o governo, por meio de impostos, ressaltando que, este (o governo), deve aplicá-los para resolver problemas sociais. Nessa toada, a ideia de uma empresa investir na sociedade, fora do seu negócio, é um indicativo de problemas dentro da própria empresa, como a prática de desvio de recursos. (In BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10).

⁷⁹⁰ Para Milton Friedman, somente as pessoas possuem responsabilidade, de modo que dirigentes e acionistas, se almejarem resolver problemas sociais, devem fazê-lo com seus próprios recursos, e não com os da empresa, pois a corporação possui responsabilidade apenas no aspeto legal. Além disso, o autor, embora demonstre preocupação com a conduta empresarial, questiona a capacidade dos gestores privados decidirem sobre o que é o interesse coletivo e quais as carências sociais mais urgentes que merecem a atenção das empresas. Esclarece que, do ponto de vista da natureza da economia livre, é equivocado conceber que os altos funcionários das grandes empresas e os líderes trabalhistas têm responsabilidade social além dos serviços que devem prestar aos interesses de seus acionistas ou de seus membros do caráter, pois somente há uma responsabilidade social do capital, que é usar seus recursos e dedicar-se a atividades destinadas a aumentar seus lucros até onde se permaneça dentro das regras do jogo, o que significa participar de uma competição livre e

Com o autor, os defensores desse pensamento contrapõem-se à ideia de responsabilidade social baseada na filantropia patrocinada pelas empresas. Embora seja socialmente relevante, dizem, a filantropia deve ser levada a cabo com recursos dos indivíduos proprietários das empresas, uma vez que estariam a agir em nome de seus autointeresses. A responsabilidade social, assim, tem por base a separação entre a propriedade (que é dos acionistas) e a administração (que é dos dirigentes) nas grandes empresas. Segundo esta abordagem, os gestores agem em função dos proprietários e, por consequência, devem cuidar para que os recursos sejam aplicados e propiciem o máximo retorno. Nesse passo, os interesses de um e de outro devem ser convergentes. De acordo com Michael C. Jensen, se não se estiver diante de externalidades⁷⁹¹ ou perante monopólio, o bem-estar social é maximizado quando maximizado o valor de mercado da empresa em uma determinada economia⁷⁹². A ideia é a de que a superestimação da riqueza dos acionistas satisfaz a dimensão sociedade, sendo impossível a empresa obter sucesso se vier a intentar múltiplos objetivos. Assim, “múltiplos objetivos significa não ter objetivos”.

Afinado a esta ideologia, Robert Henri Srouer defende que, conquanto existam códigos morais, somente quando exposta a riscos ou quando enfrenta a intervenção organizada das contrapartes com as quais lida, a empresa capitalista procura conduzir-se em cenário de responsabilidade social. Sem isso, adverte, a maximização do lucro leva a melhor⁷⁹³.

Como se percebe, a Teoria do Acionista decorre do conceito de propriedade privada vigente na época do liberalismo clássico. Conforme expõem José Carlos Barbieri e

aberta, sem enganos ou fraude. (In FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Gen/LTC 2014, p. 122).

⁷⁹¹ Externalidades, conceito da teoria econômica, “São atividades que envolvem a imposição involuntária de custos ou de benefícios, isto é, que têm efeitos positivos ou negativos sobre terceiros. Quando os efeitos provocados pelas atividades são positivos, estas são designadas por externalidades positivas. Quando os efeitos são negativos, designam-se por externalidades negativas. Exemplos de externalidades positivas são investigação e desenvolvimento, pois os seus efeitos sobre a sociedade são geralmente muito positivos sem que esta tenha que pagar pelo seu benefício. Exemplos de externalidades negativas são a poluição ambiental provocada pelas atividades econômicas, a produção de bens não seguros, a produção e consumo de drogas ilícitas, entre outros. Dado que envolvem uma imposição involuntária, as externalidades constituem uma ineficiência de mercado. Por isso é necessária a intervenção do Estado através da oferta ou da criação de incentivos à oferta de atividade que constituem externalidades positivas (por exemplo subsidiando a investigação e desenvolvimento ou oferecendo gratuitamente a iluminação pública) e através do impedimento ou criação de incentivos à não produção de externalidades negativas (por exemplo criando regulamentações para controlar a emissão de poluição das fábricas)”. (In ECO.DESENVOLVIMENTO.ORG. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em http://m.ecod.org.br/glossario-de-termos/e/externalidades/pa_model1).

⁷⁹² JENSEN, Michael C - Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. SSRN. **Journal of Applied Corporate Finance**, v. 14, n. 3, p. 8-21, 2001. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=220671.

⁷⁹³ SROUR, Robert Henri - **Poder, cultura e ética nas organizações**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 295.

Jorge Emanuel Reis Cajazeira, esta teoria aproveita-se da obra de Adam Smith, no que se refere ao autointeresse como convergente com o interesse da coletividade, e acrescenta os esforços para resolver os conflitos resultantes do processo de separação entre a propriedade e a administração nas grandes empresas⁷⁹⁴.

Ainda em consonância com a Teoria de *Shareholders*, podem ser citadas as Teorias da Economia dos Custos de Transação e a do Principal-Agente. Ambas se relacionam aos mecanismos para garantir comportamentos que maximizem a eficiência da empresa, pelo alinhamento de interesses e do monitoramento das atividades dos gestores. Partem da premissa de que a natureza humana prioriza interesses próprios, de maneira que devem ser desenvolvidos mecanismos que permitam monitorar as ações dos gestores e, ao mesmo tempo, criar incentivos para que seus interesses sejam alinhados com os interesses dos acionistas (vale dizer, criar riqueza maximizando lucros e aumentando o valor da empresa).

É importante destacar que a Teoria do Acionista é alvo de críticas. José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira argumentam que outras partes que se relacionam com a empresa também podem manifestar interesses, que podem ir além do lucro e dos benefícios econômico-financeiros. Citam Keneth Arrow, para o qual se importar apenas com o lucro se mostra socialmente injustificado em mercados imperfeitos, contexto que pode gerar efeitos negativos, como o de eliminar as motivações altruístas da sociedade^{795 796}.

José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira lembram que, nessa circunstância, os administradores devem observar o princípio da legitimidade, o qual condiz com gestão voltada para o bem de todos os *stakeholders*, e o princípio fiduciário, segundo o qual se age em prol dos *stakeholders* e, também, no interesse da empresa para assegurar a sua

⁷⁹⁴ BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável**: da teoria à prática. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

⁷⁹⁵ BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável**: da teoria à prática. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

⁷⁹⁶ Em contraposição à visão econômica da responsabilidade social, consolidaram-se construções teóricas administrativas, que abordam o desenvolvimento de gestão e que enfatizam o ambiente das empresas, constituindo-se este de diferentes segmentos da sociedade, os quais possuem expectativas e interesses próprios, “de modo que os dirigentes das empresas deveriam identificá-los para dar respostas adequadas para lidar com eles”. Desenvolve-se, assim, a Teoria das Partes Interessadas, dos Participantes da Empresa ou Teoria dos *Stakeholders*. É comum a literatura especializada sinalizar que o uso dessa expressão na área de responsabilidade social empresarial expandiu-se com as obras de Edward R. Freeman, escritas no início da década de 1980. Sob tal perspectiva, a sobrevivência da companhia, no longo prazo, seria obtida mediante o atendimento balanceado das expectativas das múltiplas partes interessadas, sendo os proprietários apenas uma delas. Francisco Paulo de Melo Neto e César Fróes entendem que uma empresa socialmente responsável investe em ambiente de trabalho saudável, torna transparente as comunicações, dá retorno aos acionistas, bem como assegura sinergia com seus parceiros e procura satisfazer seus clientes e/ou consumidores. (In MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, César - **Responsabilidade Social & Cidadania Empresarial**: A Administração do Terceiro Setor. 1999. Rio de Janeiro: Qualitymark, p.84).

sobrevivência, de modo que ficam resguardados os interesses de todos no longo prazo⁷⁹⁷. Advertem os autores que tais princípios evocam a ética kantiana, na qual os seres humanos devem ser tratados como fins em si mesmos e não como meios para alcançar os objetivos de outros.

Portanto, os *stakeholders* são, além dos investidores (proprietários), fornecedores, trabalhadores, consumidores, organismos governamentais, grupos políticos, organizações não-governamentais, associações de empresas, sindicatos de trabalhadores, associações de consumidores, potenciais empregados, potenciais clientes, comunidades em que as empresas existem ou das quais obtêm recursos. Enfim, a sociedade como um todo⁷⁹⁸
799.

Nesse contexto, a organização tem por escopo atender às demandas dos vários públicos de interesse e, quando isso ocorre, o grupo de acionistas se torna o maior beneficiado, em razão dos benefícios obtidos. Yvon Pesqueux e Isabella Francisca Freitas Gouveia de Vasconcelos, apoiados em Pierre Baret, assinalam para a missão de governança socialmente responsável, tarefa que não se limita à mera coexistência entre *stakeholders*⁸⁰⁰.

A teoria é criticada, ao entendimento de que a lista de partes interessadas pode ficar por demais ampliada e, por consequência, tornar mais difícil o atendimento desses interesses⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ MELO NETO, Francisco Paulo de, FRÓES, Cesar - **Responsabilidade Social & Cidadania Empresarial: A Administração do Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 36.

⁷⁹⁸ Max B. E. Clarkson faz menção a dois grupos de *stakeholders*, classificando-os conforme a natureza da sua influência sobre a empresa. Segundo o doutrinador, primários são partes sem cuja contínua participação as empresas não sobreviveriam; os secundários influenciam ou afetam as empresas ou são influenciados ou afetados por elas, mas não estão engajados em transações e tampouco são essenciais para a sobrevivência delas. (In CLARKSON, Max B. E - A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance. **The Academy of Management Review**, v. 20, n.º 1, jan./1995, p. 92-117. [Em linha]. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>.)

⁷⁹⁹ Francisco Paulo de Melo Neto e César Fróes afirmam que a responsabilidade social das empresas pressupõe uma atuação focada em seu público interno e externo, o que levaria ao desenvolvimento de uma gestão da responsabilidade social interna e externa. Ressaltam eles que a responsabilidade social interna deve objetivar os empregados e seus dependentes, motivando-os para desempenhar otimamente em um ambiente agradável de trabalho e contribuir para o seu bem-estar, enquanto a responsabilidade social externa está voltada para as comunidades da área de influência da companhia. (In MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, Cesar - **Responsabilidade Social & Cidadania Empresarial: A Administração do Terceiro Setor**. 1999. Rio de Janeiro: Qualitymark, p. 85).

⁸⁰⁰ PESQUEUX, Yvon e VASCONCELOS, Isabella Francisca Freitas Gouveia de - Teoria da Ação Comunicativa e responsabilidade social empresarial: uma proposta de pesquisa. SCIELO. **Cadernos EBAPE.BR**, (online). Mar. 2013, v. 11, n.º 1, artigo 3, Rio de Janeiro, p. 36-40. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512013000100004>.

⁸⁰¹ Nada obstante, como reconhecem José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira, esta teoria possui notória influência, por considerar as empresas como redes de relacionamentos diversificados e inter-relacionados, cenário que se reproduz em um mundo crescentemente globalizado, principalmente na economia de mercado, em que ocorre a aproximação de pessoas, grupos e organizações em escala global, proporcionada pelos avanços na tecnologia de informação e comunicação, e a universalização dos direitos humanos, “que é a base na qual se assenta a expansão da solidariedade em escala planetária”. (In BARBIERI, José Carlos;

Outro enfoque de responsabilidade social empresarial é denominado de Teoria do Contrato Social. José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira pontuam que os contratualistas, tanto os clássicos (Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau), quanto os contemporâneos (John Rawls, Thomas Donaldson), centram sua atenção nas instituições, no poder político da sociedade como um todo e na relação com os seus membros, esclarecendo sobre as responsabilidades de cada um. Apoiados em Thomas W. Dunfee e Thomas Donaldson, dizem que, para os contratualistas, as pessoas aderem a um contrato e lhe conferem autoridade normativa, de forma que os termos do acordo trazem benefícios para todos, se forem cumpridos por todos⁸⁰².

Nesse contexto, John Rawls desenvolve uma concepção de justiça, valendo-se da noção kantiana de igualdade, elegendo o contrato social de Rousseau e de Locke como referência. Formula a tese de justiça como equidade, cujos princípios emergem de uma situação na qual ninguém é beneficiado ou prejudicado pelos resultados do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais⁸⁰³.

Nessa senda, as instituições básicas da sociedade devem se distinguir por serem organizadas, eficientes e, sobretudo, justas. Importa esclarecer que John Rawls abordou um modelo de justiça social direcionado à organização política e legislativa dos Estados⁸⁰⁴.

CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38).

⁸⁰² BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44/45.

⁸⁰³ O autor afirma que as escolhas dos membros da sociedade tendem a ser mais eficazes para todos quando eles desconhecem sua situação ou condições particulares em que se encontram na posição inicial. Defende ele que, mesmo que se tenha desconhecimento sobre a situação atual, todos devem saber o que é bom para todos e que todos são iguais, pois “partimos da ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais” (p. 20). Esta posição original está abarcada pelo véu da ignorância hipotético, de modo que as pessoas adotem um determinado ponto de vista isento de qualquer informação que possa direcionar seus acordos. Em outros termos: “não se permite às partes que conheçam a posição social daqueles a quem representam” (p. 28). (In RAWLS, John - **Justiça como Equidade**. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20; 28).

Logo, os interesses particulares não se sobressaem, de forma a se estabelecer uma situação propícia para se firmar um contrato equitativo sobre os princípios da justiça entre pessoas livres e iguais para gerar a estrutura básica da sociedade. Assim, as instituições, articuladas em um sistema único, distribuem direitos e deveres fundamentais, bem como vantagens decorrentes da cooperação social. (In RAWLS, John - **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19-30).

⁸⁰⁴ Sobre o tema, expõe Filipe Jorge Ribeiro de Almeida que a filosofia de John Rawls é significativa para o meio empresarial, na medida em que induz a uma ética baseada na justiça, que, por sua vez, influencia os modelos de gestão e os critérios aplicados à problemática da responsabilidade social. Salienta o autor que a teoria da justiça como equidade permite que a empresa seja tida como uma instituição social e econômica, que assina um contrato social imaginário que condiciona a forma como a empresa se relaciona com a sociedade. Esse contrato/dever moral, continua o autor, obrigará a empresa a adotar estratégias, políticas e práticas que respondam, com eficácia, às expectativas sociais que justificam a sua existência, de forma que a finalidade lucrativa seja alcançada em sintonia com os valores da sociedade, com princípios éticos de justiça adequados à matriz ética que caracteriza a concepção política e moral do meio envolvente. (In ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de - **Responsabilidade Social das Empresas e Valores Humanos: Um estudo sobre a atitude dos gestores**

Na opinião de José Carlos Barbieri e Jorge Emanuel Reis Cajazeira, a abordagem de John Rawls, baseada no contrato hipotético, pode auxiliar a resolver um problema criado pela Teoria dos *Stakeholders*, uma vez que qualquer pessoa pode declarar-se como parte interessada, porém com proposições deveras discordantes, nem sequer podendo, por isso, iniciar qualquer diálogo⁸⁰⁵. Nessa ótica, seguindo a fórmula dos princípios de justiça, as individualidades somadas revelam-se como beneficiárias de todos os membros da sociedade.

Feita a breve abordagem dos principais aspetos atinentes a essas três Teorias⁸⁰⁶, constata-se a diversidade de posições adotadas, conquanto edificadas em respeitáveis fundamentos históricos e científicos.

3.5.2 Responsabilidade social das empresas no mundo do trabalho

Repita-se que, ao longo das últimas décadas, houve aumento da visibilidade da responsabilidade da administração das empresas, fator que as obrigou a repensar os critérios éticos da sua conduta. Viu-se que, em superação à visão clássica, até mesmo como reação a pressões populares e visando melhorar sua imagem para clientes e acionistas, as empresas passaram a, além do fim lucrativo e do estrito cumprimento da lei, desenvolver ações destinadas ao desenvolvimento social e minimização dos efeitos que, porventura, sejam prejudiciais ao bem-estar coletivo.

Apesar das diferenças encontradas na doutrina e na prática sobre o tema responsabilidade social, acredita-se que o modelo de gestão mais adequado é aquele que visa

brasileiros. Biblioteca Digital. Fundação Getúlio Vargas. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. EBRAPÉ. 2007, p. 183. Tese de Doutorado.)

⁸⁰⁵ BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40-41.

⁸⁰⁶ Por exemplo, o trabalho desenvolvido por John Elkington, que criou o termo *Triple Bottom Line* (tripé da sustentabilidade, em português), em oposição ao modelo econômico. Explicam Rosana Adami Mattioda e Oíris Canciglieri Júnior: “No meio empresarial, a expressão *Bottom Line* refere-se a todas as ações que podem aumentar ou diminuir o lucro líquido ou global de uma empresa. Derivada dessa definição o *Triple Bottom Line* surgiu nos anos de 1990 e tornou-se de conhecimento público em 1999, com a publicação do livro *Cannibals With Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*. Concentra-se no desempenho da inter-relação entre as dimensões de lucro, pessoas e o planeta (em inglês *People, Planet and Profits - 3Ps*) e a relação com suas atividades, processos e produtos. É uma interpretação do desenvolvimento sustentável em um nível estrutural diferente, onde as organizações devem levar em consideração o papel da responsabilidade corporativa. No contexto atual, para um negócio ser bem sucedido, lucrativo e gerar valor aos seus acionistas, deve ter seu processo de gestão baseado nessas três dimensões. Para que isso aconteça, torna-se necessário não só o gerenciamento e monitoramento de riscos, mas também o alinhamento com *stakeholders* e a inovação em soluções sustentáveis”. Esse tripé da sustentabilidade, portanto, é formado sob as perspectivas ambiental, econômica e social. (In MATTIODA, Rosana Adami e CANCELIERI Jr. Oíris - Abordagem dos Conceitos do *Triple Bottom Line* no Desenvolvimento Integrado de Produtos. **Revista SODEBRAS**. [Em linha]. V. 7, 2012. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/281243882_ABORDAGEM_DOS_CONCEITOS_DO_TRIPLE_BOTTOM_LINE_NO_DESENVOLVIMENTO_INTEGRADO_DE_PRODUTOS).

incorporar objetivos de melhoramento das condições de vida e expectativas dos trabalhadores em geral. As empresas, não se duvida, devem incorporar a responsabilidade social na gestão de seus negócios, deixando-se de lado a visão de que a questão social é apenas problema ligado à Administração Pública, adequando-se ao espírito de corresponsabilidade no enfrentamento dos problemas sociais e contribuindo eficiente e eficazmente para o desenvolvimento social.

Há de se frisar que a maneira de a empresa conduzir seus negócios orientar-se-á para a realização do desenvolvimento sustentável, inserindo-se nesse conceito não só o meio ambiente natural, mas também artificial, este subdividido em urbano em sentido estrito, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho⁸⁰⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet também concebe o meio ambiente do trabalho como parte integrante da proteção ambiental. Ressalta ele que o meio ambiente do trabalho, tanto na perspectiva individual quanto coletiva, está integrado como norma de direito fundamental à proteção mais ampla da agenda ambiental⁸⁰⁸.

Assinale-se que a Organização Internacional do Trabalho, já em 1977, por meio da Convenção n.º 148, previu a existência de um meio ambiente de trabalho, propondo a adoção de normas pertinentes sobre a saúde e proteção dos trabalhadores em tal meio.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 200, inc. VIII, assim consagra: “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Bem assim, se a empresa se propõe a atingir seus interesses econômicos, em contrapartida deve estar atenta a todos os públicos que com ela se relacionam, não se duvidando que desempenhará responsabilidade social quando estiver conectada ao bem-estar de seus empregados e ao ambiente em que se desenvolve a relação existente entre uns e outros.

⁸⁰⁷ Sobre esse tema, José Afonso da Silva leciona que deve ser globalizante o conceito de meio ambiente, uma vez que abrange toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. De acordo com o autor, o meio ambiente corresponde à interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. Desse modo, segundo o autor, o meio ambiente do trabalho, que se insere como meio artificial, é o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida é, em razão disso dependente da qualidade daquele ambiente digno de tratamento especial, o qual conta com especial proteção constitucional (art. 200, VIII). (In SILVA, José Afonso - **Direito Ambiental Constitucional**. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 20).

⁸⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang - O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. **Revista TST**. [Em linha]. Brasília, v. 80, n.º 1, p. 22-35, jan./mar. 2014. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/revista-do-tst>.

Raimundo Simão de Melo afirma que o meio ambiente de maior importância é o do trabalho, pois⁸⁰⁹:

[...] enquanto o meio ambiente natural cuida da flora e da fauna; o meio ambiente cultural cuida da cultura e dos costumes do povo; o meio ambiente artificial cuida do espaço construído pelo homem; o meio ambiente do trabalho preocupa-se diretamente com a vida do homem que trabalha, do homem que constrói a nação, do homem que é o centro de todas as atrações do universo. Portanto, se é para comparar os aspectos do meio ambiente entre si [...], a importância maior há de ser dada ao meio ambiente do trabalho, porque enquanto nos outros o ser humano é atingido mais indiretamente, neste, o homem é direta e imediatamente afetado pelas consequências danosas.

Sob esta perspectiva, o verdadeiro significado de responsabilidade social da empresa deve se estender para além da comunidade e da sociedade de modo geral, devendo ser considerada a aplicabilidade de suas práticas em relação a seu público interno, especialmente o trabalhador. Não se pode mesmo compactuar com a ideia de que a empresa gere riqueza por meio da exploração de condições sociais precárias dos seus trabalhadores. Espera-se, portanto, que as empresas, qualquer que seja seu tamanho, assimilem este cenário.

Mirando este alcance, os recursos geridos por uma empresa socialmente responsável devem ser alocados de maneira a evitar diversas práticas, como a utilização de trabalho infantil, a discriminação, assim como a desenvolver programas que visem à criação e à manutenção do emprego, bem como à melhoria nas condições de trabalho, de saúde e de segurança de seus empregados, contribuindo para a melhoria de suas condições de vida. Bem definiu Filipe Jorge Ribeiro de Almeida, ao defender que as empresas devem garantir que processos de recrutamento e seleção, avaliação de desempenho e gestão de carreiras, treinamento e desenvolvimento de competências proporcionem a igualdade desejada de oportunidades e de livre escolha do trabalho⁸¹⁰.

Nessa toada, a empresa socialmente responsável deve procurar conscientizar o empregado acerca da sua importância dentro do contexto da atividade econômica e, também,

⁸⁰⁹ MELO, Raimundo Simão de - **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**, p. 304. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2013.

⁸¹⁰ ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de - **Responsabilidade Social das Empresas e Valores Humanos: Um estudo sobre a atitude dos gestores brasileiros**. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro. 2007. Tese Doutorado em Administração. [Em linha]. [Consult. 8 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.fgv.br>.

permitir ao empresário compreender o trabalhador como ser integrante e indispensável para a produção dos bens e serviços objetivados pela companhia^{811 812 813}.

No âmbito coletivo, a empresa deve procurar negociar cláusulas alusivas às Convenções Coletivas, Acordos ou Contratos Coletivos que atendam a interesses sociais dos empregados, de modo a ir além do estabelecimento de cláusulas econômicas e de assentar o que já determina a lei. Assim, exemplificando, a empresa (ou o sindicato econômico que a representa) pode apresentar cláusulas normativas que assegurem estabilidades provisórias de emprego por período superior àqueles previstos nas legislações ordinárias, prevejam a vedação de dispensas coletivas de empregados ou que se encontrem em períodos de pré-aposentadoria.

Existem, como se nota, diversas iniciativas e variados mecanismos destinados a resolver ou melhorar os aspetos decorrentes da responsabilidade social de uma empresa, desempenhando a organização suas atividades de forma ética e transparente⁸¹⁴.

João Leal Amado revela considerável ceticismo quanto à euforia acerca da “noção milagrosa de responsabilidade social da empresa, para mais na fase histórica de agressiva globalização capitalista que vivemos”. Isso porque, a tutela de alguns segmentos, inclusive dos trabalhadores, se faz muito mais por meio da democracia, da política e das leis, do que pela ideia miraculosa da responsabilidade social da empresa. Sustenta o citado autor que a referida responsabilidade, exprime-se pelos chamados códigos de conduta, em que a

⁸¹¹ JUNQUEIRA, Rafael Cenamo - **Da responsabilidade social da empresa nas relações de emprego**. MIGALHAS. [Consult. 11 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275014,51045Da+responsabilidade+social+da+empresa+nas+relacoes+de+emprego>.

⁸¹² Além disso, qualquer análise da empresa socialmente responsável deverá levar em consideração a possibilidade de o trabalhador participar de sua área estratégica, assegurando-se o direito de opinar no desenvolvimento da gestão e como vetor de intermediação com o empregador. Atuando nessa direção, a empresa estaria a dar concretude ao comando disposto na Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

⁸¹³ Também seria o caso de adoção clara de política de remuneração, implantação de programas de participação em lucro, possibilitando aos empregados, em última análise, participarem do negócio empresarial, visando ao sucesso do negócio.

⁸¹⁴ A responsabilidade social que aqui se cuida não se resume à finalidade de anulação de condutas antissociais, mas refere-se ao direcionamento e à orientação do exercício operacional para a realização dos diversos interesses envolvidos, sem o comprometimento da missão econômica a que se propôs a empresa. Assim, adotar-se-iam políticas direcionadas para o cumprimento de sua responsabilidade social, sem esperar que somente o Poder Público atue, de modo a observar a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a iniciativa privada.

Vejam-se exemplos de boas práticas a serem praticadas por organizações socialmente responsáveis, delineadas pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, entidade cuja competência se dirige a apreciar de forma fundamentada a legalidade de disposições em matéria laboral, no que se refere a sua conformidade com as exigências de respeito pela igualdade e proibição da discriminação nos termos consagrados no Código do Trabalho português. (In CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego. **Boas práticas de igualdade no trabalho e no emprego**. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <http://cite.gov.pt/pt/acite/boaspraticas.html>).

empresa, de forma unilateral, proclama um conjunto de valores básicos que orientarão sua prática comercial, perante os clientes, os fornecedores, os parceiros, os consumidores, a sociedade e, também, perante os seus trabalhadores. Esses códigos supostamente nasceram para criar obrigações para a empresa. A reflexão a ser feita é: as empresas, por meio desses códigos poderiam criar obrigações para os trabalhadores e direitos para elas? Em caso positivo, quais seriam os limites? ⁸¹⁵

Aduz João Leal Amado que o trabalhador é antes de tudo uma pessoa que não obstante sujeito aos poderes patronais é “titular de um ordenamento de direitos fundamentais e de personalidade que não podem deixar de constituir um limite intransponível para os poderes privados (diretivo, regulamentar e disciplinar)”. Assim, a “tutela da *privacy* implica que o empregador não tem o direito de saber tudo sobre o trabalhador”. Prossegue afirmando que os interesses de ordem comercial ou patrimonial das empresas, observando-se sempre a necessária tarefa de ponderação do caso concreto, devem observância aos direitos de personalidade e à reserva da intimidade da vida privada, prevalecendo esses últimos. ⁸¹⁶

Assim, a prática da responsabilidade socioambiental das empresas há de se voltar também e para planejamentos, projetos, programas e metas que em suas respectivas execuções levem em consideração a promoção da igualdade de oportunidades no trabalho, incluindo-se nesse quesito a não discriminação dos seus trabalhadores por qualquer motivo, inclusive razões genéticas.

⁸¹⁵ AMADO, João Leal – **A responsabilidade social das empresas e os códigos de conduta**: breve reflexão crítica. Revista LTr: São Paulo. Vol. 84, nº 01, Janeiro de 2020, p. 18.

Nesse ensaio o doutrinador lusitano comenta decisão do Tribunal Superior do Trabalho (Brasil) em ação judicial (TST-RR 122600-60.2009.5.04.0005) movida por trabalhador e trabalhadora que foram imotivadamente demitidos de empresa multinacional, tão somente por manterem um relacionamento afetivo e por exercerem suas atividades na Divisão de *Loss Prevention* (área de prevenção de perdas). O Tribunal condenou a empresa em indenização por danos morais, entendendo que a medida adotada pela empresa se constituiu em injustificável invasão da privacidade dos trabalhadores, e também ofensa aos direitos fundamentais dos envolvidos, afrontando, ainda, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

⁸¹⁶ AMADO, João Leal – **A responsabilidade social das empresas e os códigos de conduta**: breve reflexão crítica. Revista LTr: São Paulo. Vol. 84, nº 01, Janeiro de 2020, p. 22-24.

Capítulo 4 – Genoma Humano

4.1 Da descoberta do ADN ao Projeto do genoma humano

Inicialmente se reitera, para efeitos de esclarecimento e registo, que o objeto desta pesquisa não é o estudo aprofundado e detalhado do genoma humano, sob a ótica exclusiva da biologia ou de outras ciências correlatas, mas a possibilidade da utilização de testes genéticos nas relações de trabalho e suas consequências éticas e jurídicas para empregados e empregadores. Todavia, para melhor compreensão e facilitação do alcance do desiderato da investigação, fazem-se necessárias abordagens históricas, conceituais, aspetos básicos, análises essenciais e relevantes do genoma humano.

Desde os povos mais primitivos, percebe-se a existência da ideia de que caracteres físicos são transmitidos aos descendentes por seus progenitores. Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Businguer descrevem que, na Idade da Pedra, praticavam-se cruzamentos seletivos de animais e plantas cultiváveis⁸¹⁷. As autoras destacam que Hipócrates, no século V, referia-se à presença de pequenos elementos representativos de todas as partes do corpo paterno no sêmen. Descrevem que Aristóteles, também, propôs que os genitores eram responsáveis pela liberação de material genético para as novas gerações.

Sem olvidar os estudos científicos elaborados por Johann Friedrich Miescher (1869), por Albrecht Kossel (1880) e Richard Altmann (1889), é atribuído a Gregor Mendel⁸¹⁸ o começo do estudo científico dos traços hereditários recebidos pelos seres vivos⁸¹⁹. Formado pela Universidade de Olmütz, em Viena, era físico, químico, matemático, botânico e zoologista. Desenvolveu inovadoras pesquisas na agricultura em um programa de pesquisa na hibridização de várias espécies de ervilhas. Foi um dos primeiros biólogos a desenvolver estudos não apenas em mera observação, mas na intervenção controlada, não na fauna selvagem, mas em fazendas experimentais⁸²⁰. A partir de suas experiências com ervilhas (*pisum sativum*), percebeu como se dava o mecanismo de transmissão dos traços

⁸¹⁷ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 90. 2016. São Paulo: Ltr.

⁸¹⁸ Gregor Mendel nasceu em 20 de julho de 1822, num pequeno povoado chamado Heinzerdorf, na atual Áustria. Mudou o seu nome de batismo (Johann) para Gregor após ingressar na ordem religiosa dos agostinianos, e se ordenou sacerdote em 1847. Mendel morreu em 6/1/1884, mas seus estudos e experimentos só ficaram reconhecidos após sua morte, no começo do século XX, quando alguns pesquisadores verificaram a importância de suas descobertas para o mundo da genética. (In Toda Biologia.com. **Gregor Mendel**. [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2019]. Disponível em https://www.todabiologia.com/pesquisadores/gregor_mendel.htm).

⁸¹⁹ MYSZCZUK, Ana Paula - **Genoma humano**: limites jurídicos à sua manipulação. Curitiba: Juruá, p. 34. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸²⁰ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics**: genetics and the uses of human heredity, p. 41-42. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

característicos de um organismo a seus descendentes. Mendel estabeleceu, assim, o entendimento de que as características de cada ser resultavam de unidades discretas de herança, hoje conhecidas como genes, herdadas uma do progenitor masculino e outra do feminino^{821 822}.

Mas foi em 1953, que James Watson, Francis Crick, Rosalind Franklin e Maurice Wilkins descobriram a dupla cadeia polinucleotídica que constitui a molécula de ADN⁸²³. Isso permitiu a informação genética necessária à codificação das características de uma pessoa.

Como afirmam Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Businguer, os avanços científicos, a partir de então, não têm cessado, dando lugar à denominada era do gene ou “era do genoma humano”⁸²⁴.

Diga-se que o termo gene provém da expressão grega gênesis, que significa origem, nascimento, criação, princípio. O genoma humano ou o conjunto de material genético de uma pessoa se constitui na singularidade, carta ou mapa de identificação de cada indivíduo.

De forma didática e inspirada na obra de Matt Ridley, Stela Barbás compara o genoma humano “a uma *tese* na qual estão escritas todas as instruções que orientam a formação do indivíduo e são transmitidas aos seus descendentes”. Esta *tese* se divide em *capítulos*, que são os cromossomas (23 advindos do espermatozoide e 23 oriundos do ovócito, que formam a célula). Esses *capítulos* (cromossomas) estão organizados em *seções* (genes, que se constituem em material hereditário, transmitido de geração a geração, e determinante

⁸²¹ Mendel propôs duas leis. Lei da segregação ou a primeira lei de Mendel: existem fatores para cada característica e eles se segregam na formação dos gametas, nos quais ocorrem em dose simples. Os fatores que Mendel descreve em seus resultados seriam, na realidade, os genes, dos quais se têm conhecimento atualmente. Lei da segregação independente ou segunda lei de Mendel: os fatores para duas ou mais características distribuem-se de forma independente para os gametas e combinam-se ao acaso. (In MUNDO EDUCAÇÃO. **Hereditariedade**. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/hereditariedade.htm>).

⁸²² Assim sendo, embora as concepções de Mendel não tenham encontrado acolhimento imediato na comunidade científica, elas foram o ponto de partida para a exata compreensão da hereditariedade. Somente no final do século XIX, constatou-se que a informação hereditária se encontrava nos cromossomas. Os ácidos nucleicos foram isolados em 1869 e, no ano de 1944, Oswald T. Avery, em Nova York, clarificou o mecanismo de transmissão dos caracteres hereditários. No início de 1930, os termos desoxirribonucleico (DNA, sigla em inglês) e ribonucleico (RNA, sigla em inglês) passaram a ser utilizados, quando suas estruturas químicas se tornaram conhecidas, e se descobriu que o ácido desoxirribonucleico era o portador de material genético. Esta descoberta dividiu a história da genética em antes e depois. (In FÁRIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho**, p. 91. São Paulo: Ltr. 2016).

⁸²³ BIOLOGIA MOLECULAR. **ADN**. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em: <http://biologia-molecular.info/ADN.html> e BARBÁS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 43, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁸²⁴ FÁRIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho**, p. 91. São Paulo: Ltr. 2016.

da característica de cada indivíduo). As *seções* (genes) compõem-se de ADN ou ADN. Calcula-se que existem cerca de 30.000 *seções* (genes)⁸²⁵ na *tese* (genoma humano). Uma pequena parte das *seções* (genes) formam as *palavras* (proteínas). As *palavras* (proteínas formadas de açúcar e fosfato, moléculas de ADN) são constituídas pelas letras A, T, C e G (iniciais dos nomes das quatro bases nitrogenadas: adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G))⁸²⁶.

Aduz ainda Stela Barbas que o genoma humano é, conceitualmente, o conjunto de combinações ordenadas e sequenciais de ADN, tanto no tempo quanto no espaço, e que se constituem no “cerne da diversidade e das possibilidades de evolução genética de nossa espécie”. Assim, o genoma é “o grande Livro da Vida”, onde estão registadas as vicissitudes e as invenções que caracterizam a história da espécie humana, formando uma herança ao longo de muitas gerações⁸²⁷.

João Nuno Zenha Martins diz que o genoma humano, em sentido estrito, “é o conjunto de genes que especificam todos os caracteres potencialmente expressáveis de um organismo. Pode assim dizer-se que é o conjunto de instruções que permite a construção de uma pessoa”. Desse modo, cada genoma exprime uma marca de individualidade e, à exceção dos gêmeos univitelinos (cujo genoma nuclear é igual, embora existam diferenças no ADN), o genoma de cada ser humano é único. Ao comparar o genoma a um código de barras, que permite identificar uma infinidade de produtos, o autor afirma que o genoma humano encerra quase todos os segredos da humanidade⁸²⁸.

De maneira bem sintética, Ana Paula Myszczyk⁸²⁹ afirma que o genoma “é o conjunto de genes que constituem cada ser vivo, ou seja, a constituição genética total do ser”. A mesma doutrinadora, em coautoria com Jussara Maria de Leal Meirelles⁸³⁰, destaca que o

⁸²⁵ Stela Barbas esclarece que o genoma humano tem menos genes que os cem mil inicialmente previstos; estudos posteriores estimaram entre sessenta e oitenta mil genes. Entretanto, pesquisas mais recentes concluíram que o código genético humano é composto por trinta mil genes, somente duas vezes mais que uma mosca. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 58, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁸²⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 11-12, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸²⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 13-14, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸²⁸ MARTINS, João Nuno Zenha - **O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?** p. 7-9. Oeiras: Celta Editora, 2002.

⁸²⁹ MYSZCZYK, Ana Paula - **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**, p. 34. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸³⁰ MYSZCZYK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho: análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988.** [Em linha]. CONPEDI. Manaus. [Consult. 28 Mai. 2017]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1964.pdf.

genoma de cada indivíduo representa sua identidade biológica e, em representando um substrato da identidade pessoal, na qual a condição de ser humano não deve ser reduzida, mas levada em consideração na hipótese de realização de pesquisas ou testes genéticos, em observância à dignidade do ser humano. Portanto, esta condição faz com que o genoma de cada ser humano seja irrepetível, inviolável e inatingível.

Ao advertir acerca da distinção entre genoma humano e patrimônio genético, Stela Barbas afirma que o patrimônio genético transcende o genoma, haja vista abranger outras realidades para além do próprio genoma. O patrimônio genético é um universo de componentes físicos, psíquicos e culturais herdados de um antepassado remoto, o qual sofre mutação ao longo das gerações e que, em conjugação com fatores ambientais e em permanente processo de interação, passa a constituir nossa identidade, outorgando-nos o direito de guardar, defender e transmitir. Assim, “o ser humano é um misto de carga genética e de sociabilidade, mas um misto desigual, no qual a primeira condiciona a segunda, e esta, por seu turno, transfigura aquela”^{831 832}.

É desse contexto, aliado ao desenvolvimento do estudo da biologia molecular e dos avanços das técnicas de engenharia genética, que se releva a motivação de sequenciamento completo do genoma humano. No Congresso sobre *Molecular Biology of the Homo Sapiens*, realizado em Nova York, de 28 de maio a 4 de junho de 1986, frisou-se a necessidade de se intensificarem os esforços humanos e econômicos para completar a sequenciação total do genoma humano em pouco tempo.

Em 1988, foi criada a HUGO (*Human Genome Organization*), consórcio constituído por 42 membros de diversas nacionalidades, incluindo vários prêmios Nobel, e liderada pelo Instituto Nacional de Pesquisa do Genoma Humano (INPGH), vinculado aos Institutos Nacionais de Saúde dos Estados Unidos. Partindo da iniciativa do setor público, com participação de escolas, universidades, laboratórios, tinha por objetivo central sequenciar o genoma humano. Foram realizados vários encontros de Biologia Molecular e, em 1989, foi

⁸³¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 12-13, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸³² André Lima, ao analisar o patrimônio genético, o faz sob a perspectiva de que esse instituto revela interesses e direitos que transcendem ao direito individual privado, despontando com o que denomina de direito intergeracional, logo de natureza difusa, em função da indeterminabilidade de seus titulares ou sujeitos, que são inclusive as futuras gerações. Entende o citado autor que o patrimônio genético “expressa um conjunto de obrigações das presentes gerações que correspondem a direitos fundamentais relacionados ao ambiente sadio e à qualidade de vida, cujos titulares são, além das presentes, as futuras gerações”. Assim, em relação ao patrimônio genético, há simultaneamente um direito de usufruir dele, mas também o dever de o conservar, independentemente de sua titularidade ou propriedade, em prol das gerações futuras. (In LIMA, André - **Patrimônio genético: De quem? Para quem?** **Revista de Direitos Difusos: Bioética e biodiversidade**. Ano II. Vol. 12. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Esplanada. 2002).

iniciado, oficialmente, o Projeto de Genoma Humano, sob a direção de James Watson, um dos cientistas responsáveis pela descrição da estrutura da molécula de ADN e diretor do INPGH.

As informações publicadas pela Organização atraíram o interesse do cientista e empresário em biotecnologia John Craig Venter, que, em maio de 1998, anunciou a criação da empresa privada *Celera Genomics*⁸³³.

A primeira divulgação do mapa genético, com a sequenciação do genoma humano, ocorreu em 26 de junho de 2000, oportunidade em que os cientistas anunciaram que tinham conseguido identificar toda a composição química do ADN humano. De forma ilustrativa, Stela Barbas afirma que encontraram todas as letras de um livro, mas ainda não era possível escrevê-lo. Diz a autora: “Uma parte dessa tarefa encontrava-se concluída e o Livro pode ser lido. Todavia, a versão definitiva ainda não estava pronta. Mas, em 13 de abril de 2003, foi anunciada a decodificação de 99,99% do genoma humano”^{834 835}.

O Projeto do Genoma Humano se espalhou pelo mundo inteiro, nos Estados Unidos da América, no Japão e na União Europeia. O Brasil integra este consórcio internacional desde 1997, atuando, segundo Ana Paula Myszczyk, por meio do Programa GENOMA-FAPESP, coordenado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Entre esses projetos, destacam-se o Genoma-Câncer (que objetiva sequenciar o *Xantomonas citri*, bactéria causadora de um câncer cítrico), o projeto de sequenciamento genético da *Xylella fastidiosa*, que provoca o “amarelinho” (ou CVC – clorose variegada de

⁸³³ Descrevem Andréa Carla de Souza Góes e Bruno Vinicius Ximenes de Oliveira que a empresa Celera foi constituída como uma *joint-venture*, utilizando-se do capital da empresa de equipamentos e suprimentos Perkin Elmer, que havia desenvolvido e comercializava sequenciadores de ADN. Objetivava a empresa concluir o mapeamento antes do consórcio internacional para conseguir patentear as descobertas e lucrar com os royalties. (In: GÓES, Andréa Carla de Souza; OLIVEIRA, Bruno Vinicius Ximenes de - **Projeto Genoma humano**: um retrato da construção do conhecimento científico sob a ótica da revista Ciência Hoje. [Em linha]. SCIELO. Ciência&Educação. Bauru. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132014000300561).

⁸³⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 48-62. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸³⁵ Reportando-se às lições de Tom Wilkie, Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer afirmam que o Projeto do Genoma Humano tem sido chamado de “o Santo Graal da biologia contemporânea”, com um custo superior a dois bilhões de libras. De acordo com as autoras, “é o projeto científico mais ambicioso desde o programa Apollo para o pouso do homem na lua”. Destacam que, embora de simples enunciação, é ambicioso, pois se destina a “mapear e analisar cada um dos genes contidos na dupla hélice do ADN humano”. Ademais, ressaltam: “Assim como o primeiro atlas anatômico de Vesálio inaugurou uma nova era na medicina humana, também – afirmam os defensores do Projeto Genoma Humano – a nova anatomia genética vai transformar a medicina e mitigar o sofrimento humano no século XXI”. (In FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho. 2016. São Paulo: Ltr., p. 92-93).

citrinos) e o projeto Genoma-Cana, que objetiva identificar e sequenciar cerca de 50.000 genes que compõem os diversos tecidos da cana-de-açúcar⁸³⁶.

Não há dúvidas de que as descobertas produzidas pelo Projeto Genoma se constituem em importante contribuição para os avanços que se têm alcançado nas pesquisas genéticas e servem de instrumento de aplicabilidade em várias áreas científicas, como a medicina, a farmacotécnica, assim como na indústria e no mercado

Para João Nunes Zenha Martins, o conhecimento integral do genoma humano produz consequências em diversas frentes. A primeira, de ordem científica, para a qual o desvelamento de questões nucleares sobre a estrutura e a fisiologia celular, designadamente o controle da expressão e os processos imunitários. A segunda, de ordem informativa, pois será possível a elaboração de um “cartão de identidade genética”, tendo em conta os mapas de recombinação possibilitados pela sequenciação do ADN, que permitirão a deteção de todas as diferenças individuais, por mais sutis que se apresentem. O estudo dos genes revela a predisposição de um indivíduo para manifestar determinados tipos de enfermidades ou as suas aptidões para o desenvolvimento de atividades laborais específicas, sendo certo, ainda, que terá inegáveis virtualidades quanto aos processos de identificação para fins legais, inclusive no plano criminal. A terceira, de caráter terapêutico, em vista da possibilidade da cura de enfermidades genéticas por meio da inserção de genes sãos ou da modificação de genes nocivos. A última, de natureza eugênica, dado que será inevitável o ímpeto de modificação do patrimônio genético dos gametas para obtenção de indivíduos com características predeterminadas, bem como a seleção de pessoas em função de sua informação genética.⁸³⁷

Como se nota, são vastas as possibilidades de aplicabilidade dos resultados obtidos com o detalhamento do genoma humano.

Simone Born de Oliveira, apesar do potencial negativo do desenvolvimento de qualquer projeto científico, enaltece seu lado positivo, relacionando-o ao fator atrativo para financiamentos e aos benefícios que para todos advêm de pesquisas. Ressalta, ainda, que as pesquisas evitam a estagnação do conhecimento.⁸³⁸

Maria Auxiliadora Minahim aponta para os horrores provocados pelo ser humano; mas, ao mesmo tempo, assevera que também é válido lembrar que a biociência tem significativos triunfos para ostentar sobre a dor, a ignorância, a doença e a morte: sempre que

⁸³⁶ MYSZCZUK, Ana Paula - **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**, p. 38. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸³⁷ MARTINS, João Nuno Zenha - **O Genoma Humano e a Contratação Laboral: progresso ou fatalismo?** Oeiras: Celta, 2002. p. 10-11.

⁸³⁸ OLIVEIRA, Simone Born de - **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**, p. 92. Curitiba: Juruá, 2002.

se faz com êxito um transplante, possibilita-se melhor qualidade de vida a portadores de enfermidades graves, com novas drogas e equipamentos, e pode-se sonhar com a cura do câncer e do mal de Alzheimer. Pontua que os novos medicamentos permitem festejar a chegada à adolescência das primeiras crianças portadoras de HIV, transmitido pela mãe, a possibilidade de cura de doenças transmitidas geneticamente e o prolongamento da vida com qualidade. Também destaca que o conhecimento significa libertação e superação das dificuldades. Conclui que nefasta não é a ciência, mas o que os homens podem fazer com o que quer que lhes seja posto nas mãos⁸³⁹.

Com efeito, os avanços científicos, os que resultam do Projeto Genoma Humano, permitem elucidar como se realizam as funções genéticas, servindo de efetivo instrumento para, por exemplo, curar doenças.

Todavia, é certo que as consequências que defluem do sequenciamento do genoma humano ainda não podem ser avaliadas. Como se viu, não se pode afirmar que a descrição do ADN sempre assegurará benefícios para a humanidade, nem mesmo para o meio em que vive o ser humano.

Como lembram Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, o facto é que o progresso tecnológico e científico experimentado pela genética despertou interesses econômicos, financeiros, comerciais, mas também é, em grande monta, um perigo para os valores e os direitos fundamentais⁸⁴⁰.

Deve-se atentar que, por ocasião da divulgação do Projeto Genoma, alertara Graig Venter que a ocorrência de discriminação genética, inclusive por empregadores, era imediata, advertindo o criador da *Celera Genomics* que se deveria estar atento para a ameaça que se abria, sob pena de não se conferir proteção às pessoas que se submetessem a testes genéticos⁸⁴¹.

Cita Simone Born de Oliveira que o Departamento de Energia dos Estados Unidos se interessa pela proposta de sequenciamento do gene humano, e tem como pano de fundo as mutações do genoma em decorrência de programas nucleares⁸⁴².

⁸³⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora - **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 208).

⁸⁴⁰ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 95. 2016. São Paulo: Ltr.

⁸⁴¹ LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 36. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁸⁴² OLIVEIRA, Simone Born de - **Da bioética ao direito**: manipulação genética e dignidade humana, p. 55. Curitiba: Juruá, 2002.

Sob este prisma, fazem-se pertinentes os questionamentos de Karina Meneghetti Brendler e Liton Lanes Pilau Sobrinho: será a sociedade capaz de lidar com os conhecimentos que surgem? Caminha a humanidade para um Admirável Mundo Novo, como previra *Aldoux Huxley*⁸⁴³, em que os pais optarão pelo aborto seletivo até obter um filho cujo perfil genético indique grande inteligência? Levarão os testes genéticos ao surgimento de uma subclasse humana, sem acesso a empregos, assistência médica ou seguros⁸⁴⁴?

Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer interrogam: seria benéfico realizar teste genético preditivo em pessoas não sintomáticas? A quem será atribuída a produção e o uso desses testes? A quem se direcionará? Quem exercerá o controle de confidencialidade? Haverá um aconselhamento genético? Quem efetuará o controle ético⁸⁴⁵?

A essas indagações se acrescenta: considerando a possibilidade de realização de testes genéticos preditivos ou durante a relação laboral, seus resultados devem ser divulgados? Existe direito à privacidade genética? Se positiva a resposta, até que limite? Há respaldo legal para isso?

Essas abordagens serão objeto de análise nos próximos tópicos.

4.2 Aspectos filosóficos, bioéticos e religiosos

Há de se reconhecer que o século XX representou o tempo em que se aprofundou o conhecimento científico sobre a vida, o que possibilitou melhoria para a espécie humana, se comparada a um período logo anterior. Porém, as diversas indagações representam as substanciais inquietações diante de possíveis e graves riscos que envolvem o desenvolvimento da ciência genética. Destacam Leocir Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine que os interesses e valores conflitantes que orientam a origem e a destinação

⁸⁴³ Na obra *Admirável Mundo Novo*, publicada originariamente na década de 1930, Aldous Huxley descreve uma sociedade em que as pessoas são combinadas biologicamente e condicionadas psicologicamente a viverem em harmonia com as leis e regras sociais da sociedade. O romance trata de tecnologia reprodutiva, hipnopédia, manipulação psicológica e condicionamento clássico, que se combinam para mudar profundamente a sociedade. (In: HUXLEY, Aldous - **Admirável mundo novo**. Tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano. 22.^a ed. São Paulo: Globo, 2014).

⁸⁴⁴ BRENDLER, Karina Meneghetti; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau - Quando as células são currículos: uma abordagem sobre o risco da discriminação genética. **Revista de Direito Sanitário**. [Em linha]. V. 3, n.º 3, nov/ 2002, p. 23-35. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/83827>.

⁸⁴⁵ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Liberdade e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 95. São Paulo: Ltr. 2016.

das pesquisas científicas tornaram os princípios reguladores da medicina tradicional insuficientes para disciplinar as novas relações sociais, políticas e econômicas que surgem⁸⁴⁶.

Nessa conjuntura, a inseminação artificial, os alimentos transgênicos, a clonagem, enfim, as questões relacionadas a descobertas científicas impulsionam a leitura do genoma humano para além dos aspetos puramente científicos. Patente, portanto, a necessidade da análise e avaliação do conhecimento genómico sob vários matizes. Sem dúvida, as consequências da investigação do genoma e seu emprego deve ser objeto de estudo multidisciplinar.

Uma das abordagens passa pela Bioética⁸⁴⁷, área do conhecimento focada nos dilemas afetos ao avanço da biotecnologia, da genética e dos próprios valores e direitos humanos. Encontram-se, na literatura especializada, múltiplas definições, apresentadas consoante a abordagem dada por quem se dispõe a defini-la. De toda forma, na totalidade dos textos, colhe-se do signo, formado dos radicais gregos *bios* (vida) e *ethos* (ética), significação de conduta humana com as implicações morais dela derivadas.

Assim, seu conceito não se limita ao campo das ciências da saúde, sendo “um ramo da Ética aplicada que estuda as implicações de valor dos desenvolvimentos das ciências da vida”, como aborda Stela Barbás. A autora refere que, em tal ótica, a investigação científica deve ter como ponto central o respeito pela dignidade do ser humano, de forma a consagrar princípios como o da autonomia privada, o da autodeterminação informacional genómica (direito de saber e não saber), o da privacidade dos dados genómicos e o da igualdade e não discriminação, por serem, também, essenciais⁸⁴⁸.

Christian de Paul de Barchifontaine explicita que Bioética é ética e que as questões ligadas a esta área direcionam-se aos valores que se deve formar nos seres humanos, fazendo-se uso de uma educação crítica e reflexiva a respeito da valorização da vida. Assinala o autor que a sobrevivência de todos está associada à da natureza e, desse modo, ao alargar-se o conceito de dignidade humana, merece ser assegurada a continuidade dos seres humanos sob o aspeto da ética de responsabilidade pelo futuro, num alargamento não só da concepção

⁸⁴⁶ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - **Problemas atuais de bioética**. 8.^a ed., p. 60. São Paulo: Loyola, 2007.

⁸⁴⁷ Para conhecer as origens históricas da Bioética a partir dos trabalhos de Van Rensselaer Potter e de Fritz Jahr, veja-se o denso texto de Leo Pessini. (In PESSINI, Leo - As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética**. [Em linha]. 2013, v. 21, n.º 1. p. 9-19. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/784/849).

⁸⁴⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 513; 127-152. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

do que é ser humano, mas, inclusive, do que é a comunidade sem a qual o ser humano não subsiste^{849 850}.

Ana Paula Myszczyk concebe que a manipulação genética só se justifica se for para promover a existência digna da pessoa humana, colaborando para a qualidade de vida do paciente, sendo o direito à dignidade indisponível e irrenunciável⁸⁵¹.

Em tal contexto, Tom L. Beauchamp e James F. Childress propõem que os dilemas e problemas bioéticos devem ser considerados sob prisma principialista, apontando ainda, sem sobreposição entre eles, quatro princípios a serem observados^{852 853}:

- o do respeito à autonomia, que sinaliza para o respeito à capacidade de decisão dos indivíduos, aptos a deliberarem sobre suas escolhas pessoais, de maneira que todo ato médico enseja autorização pelo paciente;
- o da beneficência, que se refere à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. Desse modo, o profissional deve ter a maior convicção e informação técnica possíveis que assegurem ser o ato médico benéfico ao paciente (ação que faz o bem);
- o da não maleficência, segundo o qual se veda ao médico infligir dano intencional. A ação médica sempre deve causar o menor agravo à saúde do paciente (ação que não faz mal); e
- o da justiça, que se relaciona fundamentalmente à equidade: obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado, de dar a cada um o que lhe é devido. Nesse contexto, o médico deve atuar com

⁸⁴⁹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - Bioética no Início da Vida. **Revista Pistis Praxis**. Teologia e Pastoral. [Em linha]. Curitiba, v. 2, n.º 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. [Consult. 9 Jun. 2019]. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/index>.

⁸⁵⁰ Ainda de acordo com o autor, a ética que está proposta na Bioética é global, prospectiva, abrangente e contextualizada, em ordem a se combinar humildade com responsabilidade, potencializando-se o senso de humanidade, buscando-se resgatar a dignidade e a cidadania de cada pessoa e entendendo-se que as vidas individuais estão interligadas e inseridas em um contexto social de relacionamentos. Isso obriga o agir de forma responsável para consigo e para com os outros seres humanos, o que leva a manter esta conexão de interdependência, de modo que ninguém seja excluído ou deixado sozinho. (In BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - Bioética no Início da Vida. **Revista Pistis Praxis**. Teologia e Pastoral. [Em linha]. Curitiba, v. 2, n.º 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. [Consult. 9 Jun. 2019]. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/index>.)

⁸⁵¹ MYSZCZYK, Ana Paula - **Genoma humano: limites jurídicos à sua manipulação**, p. 83. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸⁵² BEUACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. - **Princípios da Ética Biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p 137-422.

⁸⁵³ O Congresso dos Estados Unidos criou, em 1974, uma Comissão Nacional, encarregada de identificar os princípios éticos básicos dirigentes da investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. Quatro anos após o início dos trabalhos, esta Comissão publicou o chamado “Relatório de Belmont”, especificando esses princípios. (In: BARRETO, Vicente de Paulo - Bioética, biodireito e direitos humanos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Renovar, 1999, p. 378).

imparcialidade, evitando ao máximo que aspetos sociais, culturais, religiosos, financeiros ou outros interfiram na sua relação com o paciente. Além disso, os recursos devem ser equilibradamente distribuídos, com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas⁸⁵⁴.

Nessa perspectiva, a Bioética não deve considerar o ser humano como mero objeto, mas, sujeito de direitos. Portanto, o conceito ético está vinculado aos direitos fundamentais dos seres humanos, disso defluiu o respeito à igualdade de oportunidades e não discriminação.

Cabe frisar a abordagem multidisciplinar da Bioética ante as implicações das ciências biomédicas sobre o ser humano. Recebe contribuição de muitas e diferentes áreas do saber, sendo certo que o avanço tecnológico é fonte de repercussão social, assim como levanta problemas de ordem jurídica, que o Direito é chamado a resolver⁸⁵⁵.

Volnei Garrafa defende que a força da ciência e da técnica se apresenta como uma lógica utópica de libertação, de forma que se elaborem regras jurídicas positivas, afirmativas, não devendo ser estabelecidas somente proibições, evitando-se, com isso, impor-se uma ética autoritária, detendo-se a força criativa da ciência^{856 857}.

Stela Barbas elucida que ao Direito não cabe ficar indiferente às novas conquistas científicas que põem em causa não só os direitos fundamentais da pessoa, como a própria essência genómica da espécie humana⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ O Centro de Bioética do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP, em seu endereço na web, apresenta interessante leitura, em que aprofunda o estudo desses princípios. (In CRESMEP – Centro de Bioética. **Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia**. Princípios bioéticos. A autonomia. Não maleficência, beneficência, justiça e equidade. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6).

⁸⁵⁵ Conforme Judith Martins-Costa, o Direito passa a ter o papel de mediar a dialética que por vezes é estabelecida entre a tradição e a rutura, entre os processos de continuidade e os de descontinuidade social. A doutrinadora salienta que o Direito não deve cercear o desenvolvimento científico, mas, minimamente, assegurar a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na rutura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da humanidade, portadora que é de valores que devem ser assegurados e respeitados. (In MARTINS-COSTA, Judith - Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do bio direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. V. 18, Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 153-170. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71207/40420>.)

⁸⁵⁶ GARRAFA, Volnei - Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Orgs.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 105.

⁸⁵⁷ Ao abordar o estudo do genoma humano sob o viés jurídico, Fábio Goulart Villela assinala que cabe ao Direito, com base na ética da responsabilidade, o cumprimento de sua função regulatória, imprimindo limites à aplicação prática de todo o progresso científico, já que os avanços da ciência são destituídos de fronteiras. (In VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**. A Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral. 2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 130).

⁸⁵⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 215. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

Esse entrelaçamento do Direito com questões biotecnológicas ganha terminologia específica, Bio direito⁸⁵⁹, que é definido pelo Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito como o “ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina”^{860 861}.

Assim é que os juristas contemporâneos são convocados a desenvolver “um processo de reconstrução jurídica que, superando eventuais limitações dos conceitos e categorias do direito moderno, elabore novos modelos, adequados à solução desses desafios, como paradigmas da pós-modernidade, particularmente no campo do direito da vida”⁸⁶².

Sob tal ótica, o desenvolvimento da biotecnologia amplia a atuação jurídica, conclamando um novo tipo de intervenção nesse ramo, sempre o situando, adverte-se, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e, portanto, indissociável da dignidade da pessoa humana. É nesse âmbito que se dirige a compreensão de temas afetos à vida, seu começo e seu fim, ao conceito de pessoa humana e a seus valores existenciais, à existência de um patrimônio genético, ao uso da informação genética e, também, à privacidade, à discriminação.

Como se nota, é vasto o campo de temas que reclamam regulamentação. São muitas as reflexões epistemológicas que se colocam perante o profissional do Direito, a quem não mais assiste desconhecer as ciências da vida e os dilemas da condição humana.

Porém, como é sabido, o Direito não apresenta soluções imediatas para a maioria dos casos que se fazem presentes. Nesse contexto, sobreleva-se a necessidade de

⁸⁵⁹ Essa terminologia, bem como sua aplicação, não encontra unanimidade, havendo quem nem sequer reconheça o Biodireito como ciência autônoma, como Maria do Céu Patrão Neves, para quem a denominação Biodireito “é um fenômeno tipicamente europeu, sem correspondente exato na cultura anglo-saxônica, devendo constituir-se em espaço de interação interdisciplinar e não em mais um ramo do ordenamento jurídico” (NEVES, Maria do Céu Patrão - Bioética e biodireito. In NEVES, Maria do Céu Patrão (Coord.). **Comissões de Ética: das bases teóricas à actividade quotidiana**. 2.^a ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502).

⁸⁶⁰ ARNAUD, André-Jean (Org.) - **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69-73.

⁸⁶¹ Importa ressaltar, assim como fazem Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, que são diversas as áreas de atuação da Bioética e do Biodireito, embora ambos tenham objetos comuns de estudo. Assinalam as autoras que o Direito, assim como a Bioética, também tem desenvolvimento no campo axiológico, mas separa-se em sua natureza coercitiva e na origem de sua manifestação, adquirindo legitimidade na lei quando emanada em um contexto de Estado Democrático e pluralista. Ressaltam, pois, com apoio na lição de Piñero, que o Biodireito, didaticamente autônomo, tem por área de conhecimento o conjunto das proposições jurídicas atinentes à vida, desde o surgimento de um novo ser até seu derradeiro momento, tendo por escopo delimitar o uso das novas tecnologias biomédicas. (In FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho**, p. 188. São Paulo: Ltr., 2016).

⁸⁶² AMARAL, Francisco - Por um Estatuto Jurídico da Vida Humana. A Construção do Biodireito. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. [Em linha]. Revista n.º 12. p. 109-119. 1997. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista12.asp>.

construção de princípios e regras que valorizam, a proteção da pessoa humana pelo exclusivo facto de ser pessoa humana.

Impõe ressaltar, portanto, ainda que de modo sumário, o tratamento conferido a uma das categorias centrais do discurso bioético: a de pessoa – noção que, ao longo da história, é alvo de profundo questionamento e sobre o qual não se encontra consenso⁸⁶³.

Nessa perspetiva, Stela Barbas pontua que se faz premente proceder-se à reflexão filosófica tendo por pano de fundo a noção de pessoa, orientação que, relacionada ao conceito de personalidade, permite estudar-se a aplicação do genoma humano^{864 865}.

A valorização dessa dimensão leva-se a tutelar esta dimensão não patrimonial, relacionada à proteção da pessoa, da personalidade humana e daquilo que é seu atributo específico, que é a qualidade de ser humano. Bem por isso, Judith Martins-Costa assevera que a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, vai designar não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”, perspetiva que não se coaduna com o sujeito capaz juridicamente, nem como indivíduo atomisticamente considerado, mas com a reunião de todas as pessoas naquilo que têm em comum⁸⁶⁶. Com tal ponto de vista filosófico, ressalta a pensadora que o primado da dignidade da pessoa humana conduz a uma interpretação conforme a Constituição, retirando-se as demais regras do sistema e os demais princípios, inclusive os bioéticos, que com ela não sejam perfeitamente compatíveis.

Essa visão subsiste nas diferentes vertentes filosóficas, o que leva Stela Barbas a salientar que a pessoa humana é um feixe de diversidade de faculdades vitais, de forma que

⁸⁶³ Nos dizeres de Ana Célia de Julio Santos e Valkiria Aparecida Lopes Ferraro, a ideia de pessoa, principalmente em virtude dos avanços da Biologia e de suas implicações tecnológicas, coloca para o mundo contemporâneo, diferente dos conceitos encontrados em sociedades pretéritas, como a helênica, a liberal burguesa, questões subjacentes à ideia de dignidade da pessoa humana, havendo, portanto, de serem determinados os critérios para que se possam distinguir entre todos os seres do universo, vivos ou não, quais podem ser classificados como pertencentes à categoria pessoa humana. (In SANTOS, Ana Célia de Julio; FERRARO, Valkiria Aparecida Lopes - Da vida humana e seus novos paradigmas: a manipulação genética e as implicações na esfera da responsabilidade civil. SCIENTIA IURIS. [Em linha]. Londrina. v. 10, p. 39-57. 2006. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4109>.)

⁸⁶⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 167. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸⁶⁵ Em tal contexto, Regina Lúcia Fiuza Sauwen alterca que a ética da pesquisa médica concorda com o facto de que é preciso delimitar os princípios que venham a contribuir para o respeito da pessoa, sem deixar de reconhecer a necessidade e a utilidade da evolução. Portanto, continua a doutrinadora, a reflexão ética volta-se, sobremaneira, para a necessidade do envolvimento da pesquisa médica com a moral, pois, somente assim, o progresso contribuirá para o bem-estar do ser humano, respeitando-o em sua totalidade. (In SAUWEN, Regina Lúcia Fiuza - Da persona ao clone. A Visão do Biodireito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. [Em linha]. N.º 17, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. 1999. p. 332. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em [http://www.idclb.com.br/revistas/17/revista17%20\(26\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/17/revista17%20(26).pdf).)

⁸⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith - Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. V. 18, Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 153-170. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71207/40420>.

a pessoa não existe apenas do ponto de vista genômico, pois nela reside uma dimensão racional, espiritual e vivência ambiental⁸⁶⁷.

Nessa altura, volta-se o olhar para uma das categorias centrais do discurso bioético, a existência humana, definição que, assim como o começo e o fim da vida, está inserido no esforço do ser humano de apresentá-la. Mas é senso comum que esta noção, seja científica, seja religiosa, além de ter modificado ao longo da história, nunca foi universalmente aceita, não se duvidando, porém, que tem o potencial de influir naquilo que se projeta para o futuro genético da humanidade⁸⁶⁸.

Em tal perspectiva de apresentar uma satisfatória explicação da vida humana, o genoma humano, também, foi objeto de reflexão teológica.

Relevante assinalar a defesa acerca da convergência entre a teologia e a genética. Destacam Leo Pessini e William Saad Hossne⁸⁶⁹:

A rejeição da reflexão teológica empobrece a bioética, porque questões centrais – relacionadas com a morte e o morrer, início de vida, pesquisa com células-tronco embrionárias, abortamento, questões de genética que lidam com a natureza de nós humanos – são essencialmente questões religiosas. As ideias que estão na fundamentação desses tópicos são aquelas pelas quais a religião está fundamentalmente preocupada. Ignorar os milhares de anos desse *insight* religioso nessas questões seria empobrecer a discussão.⁸⁷⁰

Sob esta premissa, passa-se a apresentar alguns entendimentos teológicos acerca das pesquisas feitas no genoma humano.

⁸⁶⁷ A autora acrescenta que, nesse passo, em cada genoma humano há uma alma, que transpassa o tempo material e não acaba com a morte física. Ressalta que esta conclusão não é mera especulação filosófica inserida em um discurso jurídico, bioético, ético ou médico, pois o Direito, a Bioética, a Medicina e a própria Filosofia têm como fim último a pessoa, motivo por que se pode assentar que a integridade do genoma humano é componente da dignidade de cada um. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 173-174. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁸⁶⁸ Afinal, conforme assinala Christian de Paul de Barchifontaine, a resposta sobre a origem de um indivíduo será decisiva para determinar se aborto é crime ou não e se é ético manipular embriões humanos em busca da cura para doenças como o mal de Alzheimer e deficiências físicas. (In BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - Bioética no início da vida. **Revista Pistis Praxis**. Teologia Pastoral. [Em linha]. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/13499/12917>.)

⁸⁶⁹ PESSINI, Leo; HOSSNE, William Saad - Bioética e religião: um diálogo necessário. **Revista Bioethikos**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo. v. 7, n.º 4. out./dez. 2013, p. 363-366. Editorial. [Em linha] Consult. 2 Out. 2019. Disponível em <https://saocamilo-sp.br/bioethikos/bioethikosdetalhes/155557>.

⁸⁷⁰ Do mesmo modo, Francis Collins, responsável pelo consórcio Público do Genoma Humano: “Nesse ponto, materialistas ateus podem estar aplaudindo. Se os humanos evoluíram rigorosamente por meio de mutação e seleção natural, quem precisa de Deus para nos explicar? A isso, retruco: eu preciso. A comparação entre sequências de chimpanzé e de ser humano, embora interessante, não nos explica o que é preciso para ser humano. A meu ver, apenas a sequência de ADN, mesmo acompanhada por um imenso baú do tesouro com dados sobre funções biológicas, nunca irá esclarecer determinados atributos especiais de humanos, como o conhecimento da Lei Moral e a busca universal por Deus. Livrar Deus do fardo de atos especiais da criação não o exclui como fonte daquilo que torna a humanidade especial, nem do próprio universo. Simplesmente nos mostra alguma coisa sobre como ele trabalha”. (In COLLINS, Francis - **A Linguagem de Deus**: um cientista apresenta evidências de que Ele existe. Tradução: Giorgio Cappeli. São Paulo: Gente. 2.ª ed. 2007, p. 146).

Segundo se delineou (Capítulo I da Parte I), o Cristianismo concebe o ser humano à imagem e semelhança de Deus, o que outorga aos homens e às mulheres “um alto valor intrínseco e uma liberdade inerente à sua natureza”, dispondo ele de direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política. Reconhecendo o valor inalienável de pessoa, esta noção cristã serviu de fundamento para toda a evolução jurídica centrada na vida humana, tendo seus pilares na dignidade da pessoa humana e na fraternidade universal. Nesses termos, a integração entre o Eterno (Criador) e os seres humanos (como criaturas individuais e que vivem no e para o outro) sintetiza a concepção de que a vida será preservada⁸⁷¹.

Stela Barbas aduz que a Igreja Católica é favorável ao Projeto Genoma Humano, desde que esteja a serviço da vida e não sirva de aparelho de exclusão de pessoas afetadas por enfermidades, revelando-se, desse modo, em instrumento de destruição tão perigoso como a bomba atômica e como as formas mais cruéis de racismo e de eugenismo⁸⁷².

Vale ressaltar que o Grupo Informal de Trabalho sobre Bioética da Secretaria de Estado da Santa Sé – Cidade do Vaticano elaborou um documento⁸⁷³ acerca da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela UNESCO, em 11 de novembro de 1997⁸⁷⁴. Dessa Declaração, foram considerados positivos alguns artigos, dos quais foram destacados o artigo 6.º, que trata dos preceitos de combate à discriminação; o artigo 7.º, sobre a confidencialidade de informações genéticas; o artigo 10, que cuida da eleição do ser humano como mais importante que a exploração científica; o artigo 16, que estabelece a instituição de comitês éticos; e os artigos 20 e 21 (programas do Estado para debates educativos e inclusão das impressões religiosas).

Todavia, outros dispositivos da Declaração tiveram reprovação, destacando-se o artigo 1.º (sobre a relação entre a dignidade humana e o genoma humano), o qual apresenta texto que parece significar que o ser humano tem no genoma humano o fundamento de sua

⁸⁷¹ Tendo por base as proposições formuladas por Stela Barbas, ensina Flávio Luiz da Costa que o Cristianismo apregoa que as descobertas científicas de cunho medicinal, dirigem-se para a preservação da vida. Defende o autor que, ao tempo em que guarda reservas ao Projeto Genoma Humano, o Cristianismo considera a biociência favorável ao desenvolvimento da humanidade. (In COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 106.)

⁸⁷² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 108. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸⁷³ AQUINO, Felipe - **Observações a respeito da declaração universal sobre o genoma humano e os direitos do homem**. [Em linha]. Editora Cleófas. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://cleofas.com.br/observacoes-a-respeito-da-declaracao-universal-sobre-o-genoma-humano-e-os-direitos-do-homem/>.

⁸⁷⁴ No Capítulo 5 – Parte III, para onde se remete, foi desenvolvida análise sobre esse importante documento internacional.

dignidade, quando é a dignidade da pessoa e a unidade da família humana que conferem ao genoma a sua valoração. De acordo com a “Nota explicativa” (n.º 20) do referido Documento, a fórmula “No sentido simbólico, o genoma humano é o patrimônio da humanidade” é de todo vaga e pouco clara. Por outro lado, o artigo 5.º (as pessoas têm o direito a ter ou não informação dos resultados dos testes genéticos) não contempla a especificação de que este é um direito absoluto e, outrossim, o artigo 12, que pontua que a liberdade de pesquisar é resultado da liberdade de pensamento, não contempla o conceito de investigação com ampla liberdade, abrangendo a liberdade de consciência e de religião.

O Manifesto acentuou, ainda, que a Declaração se limita, intencionalmente, ao genoma humano e, dessa maneira, não define os titulares dos direitos que proclama, nem afirma que esses direitos são de cada ser humano a partir do momento no qual o patrimônio genético o converte em indivíduo, apresentando, portanto, substancial omissão a respeito do embrião e do feto, de modo que inexistente efetiva proteção do ser humano já desde a concepção em relação às intervenções genéticas, às discriminações e às violações da dignidade humana.

Em outra visão, o Espiritismo⁸⁷⁵ considera que o genoma humano não é a base fundamental da vida humana, embora tenha o importante papel de codificar as características físicas e morais do indivíduo. “O Genoma [...] é, portanto, apenas uma ferramenta do Espírito que o recebe para cumprir determinada tarefa no mundo material”⁸⁷⁶, sendo perfeitamente modificável por meio da força de vontade, do livre-arbítrio e da fé de cada um.

Assim, tendo em conta os ensinamentos de Alan Kardec, defende Alexandre Fontes da Fonseca que a individualidade pertence ao “Espírito imortal” e que a identidade reside na preexistência da alma que a traz consigo (reencarnação).

Como se percebe, o Espiritismo, também, preocupa-se com o reducionismo genético, rejeitando a afirmação usual de que a natureza humana é redutível aos genes e exaltando a influência da dimensão espiritual na vida do ser humano.

⁸⁷⁵ Veja-se interessante reportagem desenvolvida acerca da questão. (In SARMATZ, Leandro - **Espiritismo, que religião é essa?** [Em linha]. Revista Superinteressante. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://super.abril.com.br/historia/espirtismo-que-religiao-e-essa/>).

⁸⁷⁶ FONSECA, Alexandre Fontes da - **O genoma humano e a identidade do Espírito**. [Em linha]. Espiritualidade e Sociedade. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em: http://www.espiritualidades.com.br/Artigos/F_autores_FONSECA_Alexandre_textos/FONSECA_Alexandre_tit_Genoma_humano_e_a_identidade_do_espirito-O.htm.

Uma outra doutrina, o Islamismo, consoante descreve Flávio Luiz da Costa, prega que a ciência genômica deve ter finalidade terapêutica, o que autoriza sua utilização para a cura de doenças. Enumera o autor algumas limitações para o uso da terapia genética⁸⁷⁷:

- 1) a eugenia não pode ser executada;
- 2) cirurgias para tratar doença congênita ou deformidades adquiridas para restaurar a forma normal ou função de um órgão também não são permitidas;
- 3) escolha de sexo não é aceitável, exceto por razões médicas em doenças relacionadas com o gênero; e
- 4) a clonagem humana reprodutiva é proibida; já a investigação sobre células e clonagem para fins terapêuticos é admissível com plena consideração e todas as precauções possíveis na pré-infusão da alma nos estágios de desenvolvimento do feto.⁸⁷⁸

Em outra vertente, cuida-se agora sobre o Judaísmo perante a Bioética⁸⁷⁹. Segundo Nelly de Souza Lopes⁸⁸⁰, a religião Judaica, em suas variadas correntes, tem por base os ensinamentos da Torá⁸⁸¹, do Talmud⁸⁸² e da Halachá⁸⁸³.

Pode-se afirmar que o Judaísmo considera que a vida humana é um bem maior dado por Deus. Criado em Sua semelhança, como concebe a religião judaica, o homem recebeu o divino direito de escolher. Segundo Reuben Najmanovich⁸⁸⁴:

⁸⁷⁷ COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 109.

⁸⁷⁸ O autor, ainda, com arrimo em Eich, ressalta que o Islamismo não admite a prática do aborto eletivo, só o permitindo quando houver indicação terapêutica antes dos 120 dias de gestação, momento em que a saúde ou a vida da mãe está em perigo pela gravidez. (In COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 110.)

⁸⁷⁹ Relevante ter em conta o seguinte texto, que, assim, adverte: o mapeamento genético é “assunto doloroso para a comunidade judaica, não apenas por causa do sofrimento dos indivíduos, mas porque argumentos genéticos e eugênicos falsos foram usados para justificar o Holocausto”. (Tradução nossa). (In BBC - **Engenharia genética: Judaísmo e engenharia genética**. [Em linha]. Religiões. 2009. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em https://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/genetic_1.shtml).

⁸⁸⁰ LOPES, Nelly de Souza - **Bioética, Medicina e o Judaísmo**. [Em linha]. A biblia.org. 2006. Uma janela sobre o mundo bíblico. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://www.abiblia.org/ver.php?id=1194>.

⁸⁸¹ Torá é a coletânea que engloba os cinco primeiros livros da Bíblia, que relata a criação do mundo, o caminho do povo judaico e a revelação de Deus, estruturada cerca de 900 a. C. por patriarcas, profetas e salmistas, com destaque para Moisés. “É um livro sagrado que se distingue dos demais pelo seu monoteísmo estruturalmente nacionalista, ético e religioso.” (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 121. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁸⁸² “Talmud é um complemento da Bíblia. Preenche as lacunas e explica as leis da Torá. Além disso, inclui histórias e ditos que tanto direta quanto alegoricamente oferecem a filosofia e sabedoria do Judaísmo.” (In STUDENT, Gil - **O que é o Talmud?** [Em linha]. Ser judeu. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/talmud/home.html>).

⁸⁸³ “[...] do hebraico, mais especificamente do termo Heh-Lamed-Kaf, normalmente pode ser traduzido como viagem ou caminho [...] Em outras palavras, indica qual deve ser o caminho certo a seguir para levar uma vida de acordo com os preceitos da Torá, tanto na escrita como na oral. Este conjunto de leis é válido a todas as comunidades judaicas que inclui os sefarditas, os asquenazes e os iemenitas. Na prática, Halachá constitui o modelo ético que serve como referência a qualquer praticante da religião judaica.” (In **Halachá: Conceito, o que é, Significado**. [Em linha]. Editorial Conceitos. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://conceitos.com/halacha/>).

⁸⁸⁴ NAJMANOVICH, Reuben - **Rosh hashaná e o livre arbítrio**. [Em linha]. Pensamentos do Rabino. 2011. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://pensamentosdorabino.blogspot.com/search?updated-max=2011-10-12T00:52:00-03:00&max-results=7&reverse-paginate=true>.

Isto significa que, diferentemente das outras criaturas vivas, o ser humano recebeu o livre-arbítrio, um presente divino único, que dá ao homem a capacidade de mudar o mundo. Se usado de maneira correta, pode construir um mundo bonito e aperfeiçoá-lo cada vez mais. Se dele fizer uso incorreto, poderá destruí-lo.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o Judaísmo concebe que a ciência, em especial aplicada à área da saúde, é um instrumento a serviço dos seres humanos.

Com Stela Barbas, afirma-se que a maioria dos rabinos aceita o mapeamento dos genes, caso objetivo o bem da humanidade, ou seja, é necessário que as investigações sobre o genoma respeitem os direitos e a dignidade das pessoas e não origem nova forma de discriminação baseada em características genéticas⁸⁸⁵. Dessarte, a terapia genética é estimulada para o tratamento de doenças, como a Tay-Sachs⁸⁸⁶. Ainda, de forma geral, a visão do Judaísmo tradicional tolera o aborto, pois o feto, ainda que tenha sua existência protegida pela Halachá, não é considerado prioridade, se comparada sua existência em conflito com a vida de sua mãe⁸⁸⁷.

Feita esta leitura, pode-se concluir que Ciência e Religião possuem maior aproximação do que se acredita. Ambas, cada uma a seu modo, apresentam explicações para as questões fundamentais afetas à humanidade. Não se há, portanto, de consagrar uma conotação de sectarismo e fundamentalismo. Ao revés, abre-se o diálogo da Bioética com os discursos teológicos⁸⁸⁸.

Em sede de conclusão deste tópico, cumpre realçar que o progresso técnico científico a partir do Projeto Genoma Humano aplicado nos campos da Biologia e da Medicina, é “um direito humano e um dos mais importantes fatores para a promoção do desenvolvimento da sociedade humana”⁸⁸⁹, assim como se constitui em elemento que possui

⁸⁸⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 122. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁸⁸⁶ “[...] distúrbio genético fatal em crianças que causa destruição progressiva do sistema nervoso central [...]. O povo judeu com formação Ashkenazi tem muito mais probabilidade de ser portador de Tay Sachs do que o resto da população.” (Tradução nossa). (In BBC - **Engenharia genética: Judaísmo e engenharia genética**. [Em linha]. Religiões. 2009. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em: https://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/genetic_1.shtml).

⁸⁸⁷ LOPES, Nelly de Souza - **Bioética, Medicina e o Judaísmo**. [Em linha]. A biblia.org. 2006. Uma janela sobre o mundo bíblico. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://www.abiblia.org/ver.php?id=1194>.

⁸⁸⁸ Nesse horizonte, Márcio Fabri dos Anjos: “Uma análise teológica propicia com razão uma linha de pensamento em que o poder de Deus se mostra aberto à participação humana; e mais do que isso, um poder que se comunica à humanidade e lhe confere uma missão de responsabilidade e proteção da vida. Esta forma de ver o poder de Deus se torna confortante para o esforço científico em vista do progresso humano. Oferece ao mesmo tempo uma mística para o uso do poder: vencer a tentação de concentrá-lo em si e, ao contrário, comunicá-lo de forma construtiva”. (In ANJOS, Márcio Fabri dos - **Bioética e Teologia em convergência de libertação. Revista Encontros Teológicos**. [Em linha]. Santa Catarina: Faculdade Católica de Santa Catarina, v. 18, número 2, 2003. p. 29-40. [Consult 29 Out. 2019]. Disponível em <https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/view/479>.)

⁸⁸⁹ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 240. São Paulo: Ltr. 2016.

potencial de destruição, “notadamente por sua possibilidade de uso indevido e de consequências negativas aos direitos individuais e coletivos, à vida privada, à proteção da pessoa humana em sua integralidade física, intelectual”⁸⁹⁰ e espiritual.

Portanto, urge que se estabeleça uma ética (conjunto de regras, princípios e formas de pensar e agir), cuja premissa máxima seja: a vida humana deve ser protegida em toda sua plenitude e extensão.

Tendo em vista isso, é necessário se estabelecer um equilíbrio que privilegie uma atitude humanística, visto que exclusiva atitude científica não satisfaz a proposição que aqui se defende.

Nesse conceito, manifesta-se que a Bioética (entenda-se: ética da vida) deve estar pautada pelo profundo respeito à dignidade da pessoa humana, apreendendo-se todos os aspectos com ela relacionados, “multiplicando-se suas áreas de atuação para uma ética do meio ambiente, do dever com os animais, com a vida humana, o desenvolvimento tecnológico e científico, aqui inserido o uso das variadas biotecnologias no campo da medicina e suas diversas intercessões com outras áreas, como é o trabalho humano”⁸⁹¹.

A perspectiva é, então, de multidisciplinaridade e aplicabilidade dos princípios bioéticos – autonomia, justiça e beneficência –, assumindo a Bioética “papel de protagonista na construção de um mundo mais igualitário, que possa proporcionar mais dignidade para os seres humanos que vivem em condições de inacessibilidade aos seus direitos mais elementares”⁸⁹².

4.3 Doenças, testes e terapia genética

4.3.1 Espécie de doenças e probabilidades de desenvolvimento

O desenvolvimento do Projeto Genoma Humano, como se disse, fez despontar o domínio da genética, que, somada ao avanço científico, acarretou ao ser humano conhecer

⁸⁹⁰ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 240. 2016. São Paulo: Ltr.

⁸⁹¹ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 242. 2016. São Paulo: Ltr.

⁸⁹² SANTOS, Ivone L.; SHIMIZU, Helena E.; GARRAFA, Volnei - Bioética de intervenção e pedagogia da libertação: aproximações possíveis. **Revista Bioética**. [Em linha]. 2014, v. 22, número 2. p. 271-281. [Consult. 7 Out. 2019]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/916/1042.

seu perfil genético, disso decorrendo, por exemplo, a facilitação de identificação e de propensões de surgimento de doenças⁸⁹³.

Tratando do tema, Flávio Luiz da Costa⁸⁹⁴ articula que, com o Projeto Genoma, a medicina deixou de estar voltada apenas para a cura e prevenção de doenças, passando à medicina preditiva, predizente ou genômica, circunstância em que se permite a avaliação de predisposições genéticas e se tenta antever o aparecimento de determinadas doenças que estão relacionadas às características hereditárias de cada indivíduo^{895 896}.

Nesse passo, o sequenciamento genético permite que se conheça a presença de doenças com vínculo genético.

São três os tipos de doenças genéticas⁸⁹⁷:

a) doenças monogênicas, que ocorrem quando há alteração ou mutação na sequência de ADN de um único gene. Nesse tipo de doença, ocorre uma espécie de anomalia gênica permanente, que são transmitidas pelo mecanismo hereditário mendeliano, havendo, portanto, quase certeza de que, em um determinado momento, a moléstia irá se manifestar. Seu diagnóstico pode ser feito pela prova genética. A doutrina especializada costuma classificá-las em: Autossômica recessiva (aa): a pessoa herda dois genes recessivos dos pais, que podem ser portadores do gene, mas, não necessariamente, manifestam a doença; e Autossômica dominante (Aa ou AA): a pessoa herda um gene que determina a doença. São relacionadas nessa classificação doenças como a hemofilia, anemia falciforme, fibrose cística, fenilcetonúria⁸⁹⁸;

⁸⁹³ Rememore-se o público e emblemático caso da atriz Angelina Jolie, que teve seu genoma sequenciado e, por meio dele, ela descobriu que tinha grandes chances de desenvolver câncer de mama, motivo que a levou a optar por realizar uma mastectomia preventiva, procedimento de retirada das mamas como forma de prevenção do tumor.

⁸⁹⁴ COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutoramento em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 79.

⁸⁹⁵ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?**, p. 21. São Paulo: LTr, 2014.

⁸⁹⁶ Acrescenta, com arrimo nas lições de Rui Nunes, que esta ciência passou a apresentar nova face, ou seja, a medicina dos 4Ps: Medicina Preditiva (examina pessoas saudáveis, munindo-as do conhecimento prévio de que, com o passar do tempo, poderão ser acometidas de uma doença a que apresentam predisposição por ordem genética familiar); Medicina Preventiva (serão realizados atos de prevenção que contribuirão para o não aparecimento e a involução de doenças); Medicina Participativa (“o doente é um parceiro verdadeiramente ativo – porque geneticamente informado – sobre os cuidados de saúde que pode e deve receber”); e Medicina Personalizada (adaptação do tratamento para cada pessoa, de forma particularizada).

⁸⁹⁷ DOENÇAS GENÉTICAS. **Doenças genéticas monogênicas**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://doencas-geneticas.info/doencas-geneticas-monogenicas.html>.

⁸⁹⁸ FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho, p. 230. São Paulo: LTr, 2016.

b) doenças génicas ou multifatoriais, que se manifestam quando mais de um gene e diferentes cromossomos acabam sofrendo alterações ou mutações, podendo, também, resultarem da combinação de fatores ambientais ou do estilo de vida da pessoa. São determinadas por vários genes e fatores ambientais e são mais numerosas que as monogênicas, pois envolvem má formação congênita e patologias crônicas próprias da vida adulta e possuidoras de um componente genético determinante. Nesse rol, apontam-se, entre outras, a doença de Alzheimer, diversos tipos de câncer, diabetes, asma, alergias, esclerose múltipla, hipertensão arterial, enfarto do miocárdio, obesidade, doenças cardíacas; e

c) doenças cromossômicas, as quais acontecem pela alteração no número ou na estrutura dos cromossomos. Algumas principais são: Síndrome de Down, Síndrome de Patau, Síndrome de Turner, Trissomias (18, 13 e X).

Juan José Fernandez Domínguez ressalta que, apesar de o componente genético desempenhar papel fundamental nas alterações de origem monogênica, o mesmo não ocorre quando se trata de alterações multifatoriais ou génicas, na medida em que o fator genético não passa de um mero elemento de risco em potencial⁸⁹⁹. Em outras palavras, a questão genética é um mero fator de risco como outro qualquer, podendo a doença se revelar de modo diferente de pessoa para pessoa.

4.3.2 Modalidades de testes

Extrai-se dos variados instrumentos normativos que tratam da matéria em exame, como a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos e a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, da República de Portugal, que informações médicas e informações genéticas são conceitos distintos. Aquelas se referem a qualquer dado relativo à saúde de uma pessoa, nele se incluindo a informação genética, destinado ao tratamento da saúde; elas dizem respeito aos dados, de qualquer natureza, relativas às características hereditárias de um indivíduo, bem como ao padrão de herança dessas características, dentro de um grupo de pessoas relacionadas pelo elemento sanguíneo.

Ensina Fernanda de Azambuja Loch que a informação genética é aquela contida no conjunto de marcadores ou estruturas moleculares presentes no material genético

⁸⁹⁹ FERNÁNDEZ DOMINGUES, Juan José - **Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo**, p. 72-73. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 1999.

da pessoa, de caráter único e singular, na medida em que todo indivíduo é um ser “geneticamente irrepitível”⁹⁰⁰.

A obtenção dos dados genéticos para pesquisa médica utiliza-se de instrumento que envolve a análise de amostras biológicas, por meio do qual se busca identificar características genéticas da pessoa para fins de saúde, vale dizer, presença de doença existente ou que venha a se desenvolver. Este instrumento é o teste genético^{901 902}.

Destaca Denise Hammerschmidt⁹⁰³ que a informação genética pode ser recolhida, classificada, armazenada e recuperada com base em três tipos de provas pré-sintomáticas básicas (testes genéticos): a) análises forenses ou periciais do ADN (ADN analysis); b) provas do seguimento genético (*genetic monitoring* – com suas variantes citogenética e não citogenética, segundo se destinem a observar danos ocorridos na estrutura do cromossomo ou na estrutura molecular do ADN contida nos cromossomos); c) provas de controle genético (*genetic screening*)⁹⁰⁴.

A este respeito, Stela Barbas distingue três tipos de testes: diagnóstico pré-sintomático de doenças monogênicas, diagnóstico de predisposições e diagnóstico de predição

⁹⁰⁰ LOCH, Fernanda de Azambuja - Testes genéticos preditivos: uma reflexão bioético jurídica. UNIVERSITAT DE BARCELONA. **Revista de Bioética y Derecho**. [Em linha]. Número 30, jan. 2014, p. 92-108. Publicación del Máster em Bioética y Derecho. [Consult. 26 Set. 2019]. Disponível em <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/9912/12719>.

⁹⁰¹ Stela Barbas chama a atenção para o facto de que os recursos aos testes genéticos estão presentes na sociedade mundial atual. Lembra que, nos EUA, o Pentágono constituiu um banco destinado a conservar a identidade de cada um dos soldados, enquanto a Grã-Bretanha se utiliza dos testes como política migratória, somente autorizando a imigração àqueles que afirmam que a família já está implantada em território britânico. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 298. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁹⁰² Paulo Vinicius Sporleder de Souza enumera que, entre outras finalidades, o exame genético diagnostica e classifica doenças genéticas; identifica portadores de genes defeituosos a fim de aconselhá-los sobre o risco de virem a ter crianças afetadas; deteta uma doença genética séria antes do aparecimento clínico dos sintomas para melhorar a qualidade de vida, usando medidas de prevenção secundária e/ou evitar o nascimento de prole afetada; identifica pessoas com risco de contrair doenças situação em que tanto um gene defeituoso como um certo estilo de vida são importantes causas da doença. (In SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de - Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista Associação Médica do Rio Grande do Sul**. 2012. número 3. v. 56. [Em linha]. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protecao_juridico_penal_da_intimidade.pdf.)

⁹⁰³ HAMMERSCHMIDT, Denise - Direito e Discriminação Genética. **Revista do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina - UEL**. [Em linha]. V. 1 - número 2 - mai/ago 2008. p. 1-26. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>.

⁹⁰⁴ Fábio Goulart Villela apoia-se em Walter Osswald para assinalar que, na realidade, trata-se de uma medicina que permite prever, com grande probabilidade de acerto, o aparecimento no futuro, eventualmente largo, de manifestações mórbidas graves ou incapacitantes. Segundo o autor, cuida-se, sobretudo, de doença monogênica. (In VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**. A Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral, p. 123. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

de riscos para futuras gerações⁹⁰⁵. Pontua a doutrinadora que o primeiro exame permite descobrir uma alteração genética que se revelará, com a probabilidade de 100%, em doença, 10 ou 20 anos antes de que se tenha qualquer sinal dela. Assenta que o diagnóstico de predisposições deteta se uma pessoa tem um gene que lhe dá uma possibilidade superior à da maioria da população para contrair certa doença. Sinala que a submissão a medidas especiais de prevenção evita que a enfermidade diagnosticada venha se revelar. Quanto à terceira modalidade, aduz que podem ser diagnosticados genes que podem transmitir a enfermidade para a descendência, estando ligadas ao cromossomo X⁹⁰⁶.

Nesse contexto, importa salientar as ponderações expressadas por José A. Zagalo-Cardoso e Luísa Rolim⁹⁰⁷ acerca das inovações trazidas pelos testes genéticos. Advertem os autores que a área da medicina preditiva, embora promissora, impõe a necessidade de identificação da correlação entre os aspetos sociais e psicológicos e os problemas genéticos que possam surgir, compatibilizando-os com programas voltados à assistência médica, psicológica e social, àqueles que tenham interesse no conhecimento de seu patrimônio genético.

Em tal conjuntura, não se duvida que o teste genético tem o importante papel de informação, possibilitando que a pessoa venha a saber sobre os fatores de risco genético, inclusive de ordem futura, contribuindo, portanto, para que ela possa planejar seu futuro e o de sua descendência. Todavia, não se podem olvidar os aspetos negativos que envolvem o exame genômico, diante da insuficiente regulamentação da matéria, em especial no Brasil.

Além disso, Stela Barbas formula uma questão que se apresenta como uma das mais angustiantes: será vantajosa a predição de doenças para as quais ainda não existe cura? Ela responde: nessas situações, a previsão transforma-se em maldição⁹⁰⁸, acrescentando que

⁹⁰⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 87-89. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁹⁰⁶ A propósito, a autora afirma que não se confunde o teste genético com o rastreio genético, pois este tem por objetivo “conhecer a difusão de doenças infecciosas ou hereditárias numa determinada população”. Ressalta que se trata de prática frequente na Europa, mais amplamente utilizada nos países mediterrâneos como forma de detecção do gene responsável pela ocorrência da talassemia, por exemplo. Pontua que o rastreio é promovido pelas autoridades públicas, somente devendo ser utilizado quando tiver por objeto uma doença devidamente identificada, que seja dotada de relevância e afete um grande percentual de membros de uma determinada comunidade. De todo modo, alerta que se devem avaliar as vantagens e desvantagens na utilização do rastreio, tomando-se precauções para que essa prática não estimule, de forma direta ou indireta, a adoção de medidas eugênicas.

⁹⁰⁷ ZAGALO-CARDOSO, José A.; ROLIM, Luísa - Aspectos Psicossociais da Medicina Preditiva: Revisão da Literatura sobre Testes de Riscos Genéticos. **Psicologia, Saúde & Doenças**. [Em linha]. Jul/2005, v. 6, número 1, p.3-34. Coimbra: Faculdade de Psicologia e de Ciência da Educação - Universidade de Coimbra. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-00862005000100001&lng=pt&nrm=iso.

⁹⁰⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 298. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

existem riscos inerentes a erros de laboratórios, dada a complexidade da interpretação dos resultados ou de uma possível contaminação dos químicos usados ou outros fatores.

Dessa forma, deve-se ter em mente o mandamento insculpido no artigo 12 da Convenção de Oviedo (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), aprovada e ratificada por Portugal por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro⁹⁰⁹:

Não se poderá proceder a testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade (sic) genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.

Em tal contexto, aquele que se submete a um teste genético, motivado por uma das exceções apontadas, deve ser adequadamente informado sobre os objetivos e a natureza da pesquisa e do teste genético a ser realizado, bem como sobre as implicações dos seus resultados.

Urge que se tenha em conta que o indivíduo poderá passar por situações desagradáveis de forma desnecessária, pois, frisa-se, enfermidades diagnosticadas em exame preditivo poderão ou não se desenvolver.

Portanto, é preciso que sejam considerados os riscos e benefícios da realização desses testes no que se aplica à relação de trabalho, na qual se verifica, como cediço, efetivo desequilíbrio das partes que a compõem.

4.3.3 Terapia e engenharia de melhoramento

Segundo Rafael Linden, a possibilidade de tratamento genómico é teorizada desde 1940, quando a genética foi impulsionada pelo desvelamento do ADN, bem como a primeira manipulação genética em bactérias; e, na década de 1960, iniciou-se a especulação sobre a possibilidade de utilização de vírus na transferência de genes para curar doenças genéticas⁹¹⁰.

Esse tratamento ou terapia gênica ou, ainda, gene terapia consiste na abordagem de doenças genéticas ou não-genéticas, mediante a introdução, em células específicas, de material genético exógeno com objetivos terapêuticos. Assim, de acordo com o

⁹⁰⁹ Importante salientar que esta Convenção está aberta à adesão de Estados não membros europeus, conforme prevê o seu art. 34.

⁹¹⁰ LINDEN, Rafael - Terapia gênica: o que é, o que não é e o que será. **Revista da Universidade de São Paulo (USP)**. [Em linha]. Instituto de Estudos Avançados. v. 24, n.º 70, 2010, p. 31-69. [Consult. 04. Nov.. 2019]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10492/12234>.

ensinamento de Eliane S. Azevêdo, terapia gênica é o uso de genes em vez de drogas para tratamento de doenças⁹¹¹. Stela Barbás descreve que este é o objetivo da terapia gênica: introduzir um gene funcional que supra as deficiências do gene alterado. Por oportuno, com base em Barbás, terapia gênica e engenharia genética de melhoramento não se confundem, pois, esta última se refere a situações que não têm a ver com a cura de doenças, mas somente com alterações de fragilidades somáticas e psicossomáticas, acentuando-se as características consideradas desejáveis. Nesse campo, continua, pretende-se a introdução ou modificação de genes para a finalidade de aperfeiçoar determinada característica física, traço morfológico ou psicoafectivo⁹¹².

Em termos gerais, elucidam Eugenia Costanzi-Strauss e Bryan E. Strauss⁹¹³, a terapia gênica usa a transferência de uma sequência de ácido nucleico para células do paciente, podendo esta transferência ser realizada por métodos que envolvem um vetor viral ou não-viral, e o material genético ser um gene, tipicamente na forma de ADN-c⁹¹⁴, que codifica uma proteína funcional capaz de alterar um processo celular. Assinalam que, alternativamente, sequências não codificantes (ARN de interferência ou sequência anti senso) e outras versões de ácidos nucleicos (aptâmeros ou ARN mensageiro) produzidos nos laboratórios, também podem ser introduzidos nas células alvo, sem a necessidade de um vetor, acentuando que a rota da transferência gênica pode ser *in vivo* (diretamente no organismo) ou *ex vivo* (as células dos pacientes são modificadas fora do organismo – no laboratório – e posteriormente implantadas no paciente)⁹¹⁵.

⁹¹¹ AZEVEDO, Eliane S. - Terapia Gênica. **Revista Bioética**. [Em linha]. V. 5, n.º 2. 1997. Brasília: Conselho Federal de Medicina. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/379/479.

⁹¹² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 101, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁹¹³ COSTANZI-STRAUSS, Eugenia; STRAUSS, Bryan E. - Perspectivas da terapia gênica. **Revista Médica da Universidade de São Paulo**. [Em linha]. v. 94, n. 4, 2015, p. 211-222. Consult. 17 Out. 2019. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108767/107192>.

⁹¹⁴ “A síntese de ADN a partir de um modelo de RNA, via transcrição reversa, produz DNA complementar (cDNA). As transcriptases reversas (RTs) usam um modelo de RNA e um iniciador curto complementar à extremidade 3 'do RNA para direcionar a síntese do cDNA da primeira fita, que pode ser usada diretamente como modelo para a reação em cadeia da polimerase (PCR). Essa combinação de transcrição reversa e PCR (RT-PCR) permite a detecção de RNAs de baixa abundância em uma amostra e a produção do cADN correspondente, facilitando a clonagem de genes de baixa cópia. Alternativamente, o cDNA da primeira fita pode ser produzido em fita dupla usando a ADN Polimerase I e a ADN Ligase. Estes produtos de reação podem ser utilizados para clonagem direta sem amplificação. Nesse caso, é necessária a atividade da RNase H, da RT ou fornecida exogenamente.” (In BIOLABS - New England. **Transcrição reversa (síntese de cDNA)**. [Em linha]. [Consult. 20 Out. 2019]. Disponível em <https://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.neb.com/applications/cloning-and-synthetic-biology/ADN-preparation/reverse-transcription-cADN-synth&prev=search>).

⁹¹⁵ Marta Wey salienta que o enfoque *in vivo* é preferido porque é teoricamente mais eficiente e menos dispendioso, sendo um método ainda limitado, devido à ineficiência de endereçamento de genes para tecidos específicos e à inabilidade em controlar quais células captam os genes transferidos. Observa que o método *ex*

No escólio de Rafael Linden, as doenças monogênicas não são, porém, o único alvo da terapia gênica, sinalando que a medicina moderna luta contra muitas doenças complexas, cujas causas primárias ainda não são conhecidas e para as quais há, na melhor das hipóteses, apenas tratamentos paliativos⁹¹⁶.

Importa também distinguir o tipo celular alvo da terapia gênica, assim dividida em duas modalidades: terapia gênica de linhagem germinativa e terapia gênica de células somáticas. Naquela, as células germinativas, como o espermatozoide e o óvulo, são modificadas pela introdução de genes funcionais, e toda a transformação genética pode ser transmitida à descendência, ao passo que, em células somáticas (todas as células do organismo, com exceção da linha germinal), os genes terapêuticos são transferidos para células somáticas de algum paciente e qualquer modificação e quaisquer efeitos são restritos somente ao paciente e não são herdadas pelas futuras gerações⁹¹⁷. Colhem-se da leitura especializada considerações de que a terapia gênica de células germinativas provocam impacto no cenário das discussões científicas, devido a questões éticas e de biossegurança pertinentes.

Stela Barbás equaciona as objeções à terapia germinal da seguinte maneira⁹¹⁸:

a) papel que desempenham os denominados genes deletérios⁹¹⁹, cuja presença resulta do “esforço adaptativo” indispensável para a “perpetuação” da nossa espécie;

vivo é mais difícil e mais dispendioso, mas é mais fácil controlar, pois como a modificação genética ocorre *in vitro*, os tipos de células geneticamente alteradas podem ser selecionados e reintroduzidos no paciente, no tratamento de terapia gênica. (In WEY, Marta - Terapia gênica. **Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba**. [Em linha]. São Paulo, v. 4, n. 1-2, p. III-IV, 2002. Consult. 17 Out. 2019. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/RFCMS/issue/archive?issuesPage=4#issues>.)

⁹¹⁶ Nesse caso, delinea o autor que a gene terapia visa reduzir ou evitar a progressão da doença, residindo a estratégia de tratamento no fortalecimento do sistema imunológico, o reparo ou regeneração de tecidos e, em alguns casos, recomposição das funções perdidas. Ainda segundo o autor, há uma modalidade de terapia gênica, denominada vacina de ADN, na qual, com a finalidade preventiva ou curativa, em vez da utilização de uma proteína ou um vírus completo inativado, como se faz nas vacinas convencionais, o paciente recebe o gene que codifica uma proteína típica do agente agressor. Dessa forma, conclui, o organismo do paciente passará a fabricar permanentemente a proteína exógena, estimulando seu próprio sistema imune. (In LINDEN, Rafael - Terapia gênica: o que é, o que não é e o que será. **Revista da Universidade de São Paulo (USP)**. [Em linha]. Instituto de Estudos Avançados. v. 24, n. 70, 2010, p. 31-69. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10492/12234>.)

⁹¹⁷ GONÇALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves - Terapia gênica: avanços, desafios e perspectivas. **Revista do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein**. [Em linha]. v. 15, n. 3. São Paulo: 2017. p. 369-375. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://journal.einstein.br/pt-br/article/terapia-genica-avancos-desafios-e-perspectivas-2/>.

⁹¹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 97-98, Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁹¹⁹ Genes deletérios ou letais são geralmente recessivos e estão sujeitos a processos de mutação ou de reorganização que lhes provocam alterações na expressão fenotípica. “É aquele que virtualmente todos os indivíduos razoáveis julgaria consistentemente causar morte prematura ou sérios problemas de saúde que comprometem drasticamente a capacidade dos indivíduos afligidos em realizar planos de vida normais ou quase normais.” Assim escreveu o geneticista e filósofo médico Leonard M. Fleck, em seu ensaio *Just Genetics: A Problem Agenda*, que apareceu na coleção ‘Justiça e o Projeto Genoma Humano’. (In SCIENCE. **O que são os**

- b) risco da perda da riqueza natural da heterogeneidade genética⁹²⁰;
- c) perigo inerente à terapia germinativa⁹²¹.

É certo afirmar que a terapia gênica é um campo em desenvolvimento. Apesar disso, vislumbra-se a possibilidade de seu uso como instrumento efetivo de identificação de doenças, inclusive aquelas que até o momento são incuráveis.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Stela Barba, que se apoia em Luís Archer, vale dizer que, em se tratando de doença grave que cause acentuado sofrimento e, tendo por horizonte o respeito a questões éticas e a aceitação da opinião pública, será lícito e, ademais, conveniente empenhar-se para a implantação da terapia gênica germinal^{922 923}.

Cumprido ressaltar, todavia, que, a despeito dos possíveis resultados positivos advindos do uso dessa modalidade terapêutica, a citada Convenção de Oviedo restringe a modificação do genoma humano, estabelecendo: “Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência” (artigo 13.º). Pertinente sinalar que o Conselho da Europa, por meio da Recomendação n.º 934 prevê que seja reconhecido o direito à inalterabilidade do genoma dos descendentes⁹²⁴.

Também é relevante apontar que, em relação à terapia gênica, o artigo 8.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, de Portugal, estabelece que a intervenção médica que tenha como objeto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, uma vez verificadas as condições legalmente estabelecidas, por razões preventivas ou terapêuticas, proibindo, outrossim, qualquer intervenção médica que tenha por objetivo a manipulação genética

genes deletérios? [Em linha]. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://pt.scienceaq.com/Biology/100411566.html>.

São exemplos de genes deletérios aqueles para a doença de Huntington, fibrose cística, doença de Tay-Sach, anemia falciforme.

⁹²⁰ Diz a autora que tal argumento se fundamenta em “especulações” sobre eventuais “consequências” pejorativas de uma presumível manipulação genética, sem qualquer tipo de controle.

⁹²¹ Nesse aspeto, discorre a autora que esta modalidade não está suficientemente desenvolvida, sendo certo que os métodos científicos existentes na atualidade não permitem evitar os possíveis riscos dos efeitos secundários prejudiciais que viriam a ser transmitidos às gerações futuras.

⁹²² Cita a autora, como reforço argumentativo, o exemplo das pessoas diabéticas, que terão a perspectiva de cura da enfermidade, por meio de terapia, evitando-se, assim, sofrimento, angústias, despesas e morte de milhões de doentes. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 99. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁹²³ Também assinala a autora que os avanços no domínio dos testes genéticos colocaram no horizonte a denominada medicina preditiva que possibilita conhecer as doenças que nos irão acompanhar durante a vida e, assim, tentar, oportunamente, o seu combate com o auxílio da terapia gênica. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 300. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁹²⁴ SGRECCIA, Elio - **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. Tradução Orlando Soares Moreira. 2.ª ed. p. 218. São Paulo: Loyola, 2002.

de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa⁹²⁵.

Pontue-se que, diferentemente de Portugal, o Brasil ainda não possui regulamentação específica sobre terapia gênica, matéria que, como se percebe, reclama urgente atenção⁹²⁶. Nesse caso, é justificado clamar pelo espírito da prudência, sobretudo quando não se mostram claros os horizontes que despontam.

Há, por certo, relevantes questões bioéticas envolvidas. Existe, sobretudo, a possibilidade de utilização da informação genética em desfavor da pessoa e, ao que interessa a esta pesquisa, da pessoa trabalhadora, o que pode resultar em desqualificações infundadas e discriminações odiosas produzidas pelo empregador, por exemplo.

Atente-se, portanto, que qualquer regulação do tema deve partir da premissa de proteção do direito à dignidade humana. Isso que permite considerar que a terapia gênica, aplicada ao ser humano, mesmo que realizada em célula germinativa, está vocacionada a curar ou prevenir doenças por meio da transmissão do material genético para as células do paciente, abrindo-se a possibilidade e a legitimidade de intervenções com escopo sobremaneira terapêutico. Assim mesmo, qualquer ingerência deve procurar resguardar os interesses envolvidos, vale dizer, da pessoa a ser testada e o da sociedade em que ela esteja envolvida. Objetiva-se, pois, sobretudo, proteger a pessoa humana da denominada hétero determinação, concretizada esta em melhoramentos genéticos e eugenia⁹²⁷.

Realizada esta abordagem inicial, passa-se à análise dos contornos atuais da autonomia privada, com enfoque no cenário de possibilidade de consulta por terceiros de dados de sequenciamento genético da pessoa, abordando seu limite e restrições (se é possível) para, à frente, explorar o tema afeto à factível discriminação decorrente.

⁹²⁵ Anexo I. Legislação. Portugal. Lei nº 12, de 26/01/2005.

⁹²⁶ Relembre-se que a **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina**: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo), de 4 de abril de 1997, está aberta à adesão para países não membros do Conselho da Europa (artigo 34.º).

⁹²⁷ Com isso, doutrina Felipe de Paula, a estrutura principiológica do direito positivado garante uma proteção à identidade genética do indivíduo, que, assim sendo, deve ser entendida em termos constitucionais globais, enquanto mandamento de otimização a ser compatibilizado com os demais princípios jurídico constitucionais, delineamento esse que se afigura mais coerente e apresenta parâmetros de riscos socialmente aceitos. (In PAULA, Felipe de - Terapia gênica humana: o desafio do direito frente a parâmetros de tempo e risco. **Revista Jurídica da Presidência**. [Em linha]. Brasília: fev./mar. 2007, v. 8, n. 83, p.119-148. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/39/showToc>.)

4.4 Princípio da autonomia privada, autodeterminação e privacidade

No campo da filosofia, autonomia é um conceito que determina a liberdade de ser humano em gerir a sua vida com liberdade, realizando racionalmente as suas próprias escolhas. Assim, tem autonomia aquele indivíduo que governa a si próprio, estabelecendo suas próprias leis, com independência, não se submetendo a imposições e coações externas⁹²⁸.

Dessa forma, a autonomia privada, este poder de autodeterminação e autorregulamentação dos interesses de cada pessoa, encontra limites no ordenamento jurídico e nos ideais de justiça^{929 930}.

Ainda nessa linha, Roberta Elzy Simiqueli Faria elucida que os avanços biotecnológicos provocam controvérsias no meio jurídico e a autonomia privada aparece, nesse caso, como pedra de toque⁹³¹. Em tal dimensão, a autonomia privada reflete sua ligação com os direitos de personalidade e, em última instância, com a dignidade humana⁹³².

Nessa moldura, um dos muitos aspetos que permeiam a autonomia privada diz respeito à capacidade de autodeterminação⁹³³ do indivíduo e – sendo certo que as tecnologias

⁹²⁸ Em outros termos, conforme ensina Stela Barbás, o princípio da autonomia prescreve o respeito pelas legítimas e livres opções e decisões das pessoas (p. 290) e, quando dentro dos limites fixados pela lei, a vontade expressada livremente tem a faculdade de criar, modificar e extinguir relações jurídicas (p. 293). (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 290; 293. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁹²⁹ Narciso Leandro Xavier Baez e Germano Alves de Lima aduzem, nesses termos, que, conferidos tais contornos limitativos à autonomia privada, assegura-se o pleno desenvolvimento da personalidade e o próprio exercício da autonomia, pois, sem demarcações, a vontade passa a ser absoluta, prejudicando a parte mais débil da relação jurídica privada. (In BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de - Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha]. Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>.)

⁹³⁰ Nesse sentido, os autores sublinham que a autonomia privada é expressão da liberdade jurídica nas relações interprivadas e encontra-se consagrada constitucionalmente como instrumento de promoção da personalidade para as situações existenciais protegidas por meio do poder de autodeterminação, que tutela as escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade de quem as pratica, e como fundamento da livre iniciativa econômica, base constitucional para o lucro e o aumento patrimonial.

⁹³¹ FARIA, Roberta Elzy Simiqueli - Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil**. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais - Atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 56.

⁹³² Sob esta perspectiva de direito fundamental, lastreado em Bittar, Flávio Luiz Costa afirma que a tutela da personalidade está relacionada à vida privada, isto é, à preservação da intimidade do indivíduo, mesmo que haja renúncia ou transmissão dela por parte de seu titular, de forma livre e consciente, para fins de alcançar seu bem maior. Continua o autor para constatar que o direito à intimidade, quando os aspetos da personalidade são preservados do conhecimento de terceiros, constitui uma necessidade moral da personalidade ante a sociedade, fundamento de que se extrai que o direito à intimidade oferece guarida ao indivíduo, dando-lhe direito à sua reserva e à sua paz junto à sociedade, pois as informações pessoais podem ser privadas, tal qual um direito autônomo da personalidade, devendo ser protegidas da indiscrição de terceiros, como no caso das informações genéticas do empregado. (In COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 124.)

⁹³³ De acordo com Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, isto é, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver

atuais possibilitam a construção de banco de dados, os quais perpetuam informações pessoais – esta capacidade se traduz como direito à autodeterminação informacional, direito/poder de a pessoa controlar o acesso de seus dados pessoais⁹³⁴ a terceiros⁹³⁵.

Relacionando-a a esta dimensão, pondera-se que a autodeterminação informativa é desdobramento da privacidade, vocábulo este construído ao longo da história, conforme determinados contextos e cultura sociais, convicções éticas. Dessa forma, a privacidade deixa de ser percebida por uma perspectiva individualista, pela qual se visava garantir ao indivíduo proteção contra interferências externas (o “direito de ficar só”), passando a ser enfocada pela perspectiva do avanço tecnológico, o qual acaba por provocar

livremente a própria personalidade. Segundo o autor, isso significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Ressalta: “Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade”. Ainda pondera: “Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado mínimo existencial, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidade, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. Além de permitir o exercício efetivo da prerrogativa de escolher, as condições da autonomia servem para evitar que decisões com grave repercussão para o indivíduo sejam tomadas de forma caprichosa ou simplesmente desinformada. Ainda quando a vontade pessoal deva prevalecer, é razoável que a coletividade imponha certos requisitos em defesa do valor objetivo da pessoa”. (In BARROSO, Luís Roberto - **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. [Em linha]. Parecer Jurídico. Rio de Janeiro, 2010. [Consult. 29 de Out. de 2019]. Disponível em (<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>).

⁹³⁴ Expõe John Perry Barlow que a monetarização dos dados pessoais foi uma tendência amplamente antecipada e que hoje é vital para uma parcela bastante representativa de novos serviços e produtos. O autor cita Meglena Kuneva, para quem “os dados pessoais são o novo óleo da Internet e a nova moeda do mundo digital”, “tornando claro o advento de um novo terreno adentrado pelas relações de consumo, no qual o consumidor passava a ser, em si, a fonte de um ativo que são as suas informações pessoais, suscitando a necessidade de adequação das normas que regulam o consumo para que levem em conta esta nova situação”. (In DONEDA, Danilo (elaborador) - A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. BRASIL-Ministério da Justiça. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **Caderno de Investigações Científicas**. v. 2. [Em linha]. [Consult. 29 de Out. 2019]. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protacao-de-dados-pessoais.pdf>).

⁹³⁵ Importa trazer a lume, mais uma vez, a Teoria das Esferas (Teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada), comumente referida pela doutrina e atribuída sua teorização inicial por Heinrich Hubmann, segundo a qual representa a vida privada do ser humano em três círculos, distinguindo-a nas esferas pública, privada e íntima. Na camada mais externa, “a esfera privada, estão contidas as outras duas esferas. Nela se encontram aspetos da vida da pessoa, excluídos do conhecimento de terceiros. Aproxima-se, de certa forma, da noção de privacidade ou *privacy*. A esfera íntima é a segunda, intermediária, contendo os valores do âmbito da intimidade, com acesso restrito a determinados indivíduos, com os quais a pessoa se relaciona de forma mais intensa. Por fim, a menor e mais interna esfera, a do segredo, referindo-se ao sigilo. Desse modo, quanto mais interna for a esfera, mais intensiva deve ser a proteção jurídica”. (In HIRATA, Alessandro - Direito à privacidade. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)**. [Em linha]. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1.ª ed. São Paulo: 2017, abril. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>).

indiscriminado acesso à informação, o que traz, subjacente, a concreta possibilidade de invasão da esfera íntima da pessoa e daqueles que a rodeiam.

Nesse sentido, Stela Barbas⁹³⁶ assevera que a privacidade se refere à limitação de acesso às informações do indivíduo, campo em que se preserva o anonimato e os segredos. Assenta que se cuida do respeito ao direito de cada pessoa de se manter isolada ou afastada.

Cumpre salientar que, em se tratando de genoma humano, se fala em autodeterminação informacional genômica, mediante a qual a autonomia privada se apresenta como instrumento fundamental e na qual se desponta o necessário consentimento informado para intervenção e análise no genoma, assim como o direito de ser informado e, também, o direito de não ser informado sobre os resultados dos testes genéticos.

4.5 Direito à privacidade e ao não saber

Conforme elucidado, a autodeterminação informativa se configura como mecanismo de efetivação da privacidade. Compreendendo-se assim, não se duvida que o direito à privacidade integra o direito da personalidade, devendo, por consequência, ser, também, objeto de tutela jurídica⁹³⁷.

Entenda-se, nesse passo⁹³⁸, como proteção das informações genéticas o controle do fluxo desses dados, bem como a garantia de confidencialidade. Logo, tutelar o direito à privacidade é, além do mais, assegurar o direito de a pessoa “manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”⁹³⁹.

Seguindo tal raciocínio, pode-se afirmar que o controle da informação também diz respeito ao direito de a pessoa excluir da própria esfera privada a informação que não deseja conhecer. Como extensão do direito à privacidade, a pessoa poderá optar, segundo seu íntimo, a não tomar conhecimento das condições de sua saúde, ou dos dados de investigação

⁹³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 418-419. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁹³⁷ Nesse contexto, Danilo Doneda pontua que, “além de adquirir caráter positivo e ser reconhecido no âmbito internacional, o direito à privacidade transformou-se para ensejar o nascimento da disciplina da proteção de dados a partir do tratamento informatizado de dados”. (In DONEDA, Danilo - **Da privacidade à proteção de dos dados pessoais**, p. 204. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁹³⁸ Nas palavras de Ana Maria Neves de Paiva Navarro, a pessoa necessita de proteção para seus dados próprios, de modo a ser prudente eleger “o direito fundamental à autodeterminação informativa, erigido sobre os pilares constitucionais dos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade”. (In NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva - **Direito fundamental à autodeterminação informativa**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Artigo. [Consult. 29 de Out. 2019]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.)

⁹³⁹ RODOTÀ, Stefano; MORAES, Maria Celina Bodin de - **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

médica que lhe digam respeito, ou mesmo do resultado do teste genético a que se submeteu, se assim o desejar. Nessa direção, cita-se o artigo 5.º, c, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos do Homem, que estabelece que deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes.

Relevante esclarecer que os dados genéticos não se traduzem como qualquer outra informação pessoal, como o nome, por exemplo. Veja-se que, nessa seara, não se está a se tratar de elemento informacional unicamente pertencente à pessoa. Não há dúvidas de que o dado genético diz respeito à linhagem daquela que pessoa que forneceu o material genético do qual se extraíram as informações. Cuida-se de direito afeto à intimidade pessoal e familiar. Além disso, a informação representa o presente e, também, o futuro do indivíduo^{940 941}.

Percebe-se, portanto, que, como todo direito fundamental, o direito à privacidade, de que deriva o direito de não ser informado, não é absoluto, podendo ser objeto de limitações, inclusive pela manifestação da própria pessoa que se submeteu a algum exame genético. Repita-se que a informação genética é geracional (envolve o indivíduo e sua geração). Assim, não destoaria da razoabilidade compreender que o dado genético obtido permita à pessoa estar ciente dos fatores de risco genético, inclusive de ordem futura, contribuindo ela mesma, por consequência, para que possa planejar seu futuro e o de sua descendência^{942 943}.

⁹⁴⁰ Advirta-se, porém, como o faz Flávio Luiz da Costa, que “a tutela da proteção da privacidade é uma obrigação do homem e de toda a sociedade”, não se podendo, pois, colocar-se de lado a conceção relacional da reserva. Dessarte, o autor pondera que, além do limite instituído pelo interessado, o direito à privacidade pode, outrossim, ser limitado pelo interesse público ou pela liberdade informativa ou de expressão. (In COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutorado em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 199.)

⁹⁴¹ Na mesma toada, Danilo Doneda adverte que a privacidade detém caráter relacional, no qual se “deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior”. (In DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dos dados pessoais**, p. 144. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁹⁴² Na realidade, depois de aceitar submeter-se à pesquisa, cedendo as amostras biológicas que possibilitem sua realização, o primeiro interesse do sujeito de pesquisa é tomar conhecimento dos seus dados genéticos que foram obtidos. E no campo específico do tratamento informatizado dos dados genéticos, o direito do sujeito de pesquisa em saber dos resultados das análises (direito a saber ou direito à informação) se traduz no chamado “direito de acesso”. (In SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de - **Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade**. **Revista da Associação Médica do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. Porto Alegre, v. 56, número 3, p. 268-273, jul-set. 2012. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protecao_juridico_penal_da_intimidade.pdf).

⁹⁴³ Milton Fernandes afirma: “Parece não haver qualquer dúvida quanto à necessidade de controle de dados. A questão está em fazê-lo de tal forma que não se reduza o ritmo do progresso da ciência nem as vantagens que esta pode proporcionar à espécie humana”. Salienta o autor haver modalidades de trabalho que interessam à esfera pública da pessoa, de forma que, embora a vida profissional pertença à vida privada, pode oferecer conotação com a esfera pública, razão pela qual estaria afastada da proteção à intimidade. (In FERNANDES, Milton - **Proteção civil da intimidade**, p. 20-21; 57-58. São Paulo: Saraiva, 1977).

Importa salientar que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997, estabelece que a legislação interna poderá mitigar os princípios do consentimento e da confidencialidade, mas sempre por razões imperiosas e com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais e desde que dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos (artigo 9.º).

Sinala Gisele Echterhoff que a regra da confidencialidade, na relação médico-paciente, é complexa, e deve ceder em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, o interesse de familiares no conhecimento de alguma doença hereditária. Lembra a autora que o próprio Código de Ética Médica brasileiro reconhece como exceções ao segredo profissional a justa causa, o dever legal, o consentimento do paciente ou a situação em que a não revelação possa acarretar danos ao paciente. Assenta que, nesse caso, a revelação de certas informações visaria à consagração do princípio da não maleficência e, no mesmo contexto, poderia ocorrer quando um benefício real resultar dessa quebra de confidencialidade, e aí se estaria dando efetividade ao princípio bioético da beneficência⁹⁴⁴.

Em vista dessas limitações ao direito à privacidade e o evidente conflito que delas se derivam, Stela Barbas assevera que se faz necessário harmonizar os interesses envolvidos, utilizando a informação genômica recolhida de forma justa e racional, de acordo com as respectivas circunstâncias^{945 946}.

De qualquer sorte, reforce-se que a pessoa que se submeteu ou venha a se submeter a teste genético deve ser adequadamente informada sobre os objetivos e a natureza da pesquisa e do exame a ser realizado, bem como sobre as implicações do resultado. Nessa direção, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004, para a qual, no que respeita à proteção à vida privada e à confidencialidade, os dados genéticos humanos associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados ou

⁹⁴⁴ ECHTERHOFF, Gisele - **O direito à privacidade dos dados genéticos**. [Em linha]. 2007. Curitiba: Tese (Mestrado em Direito Econômico e Social). Universidade Católica do Paraná. p. 182. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/td_busca/arquivo.php?codArquivo=1061.

⁹⁴⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 577. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

⁹⁴⁶ Nessa esteira, Fábio Goulart Villela diz que todas essas perspectivas devem ser ponderadas, levando-se em conta, de um lado, a iniciativa econômica, a autonomia da vontade privada e o direito de propriedade e, de outro, o direito ao trabalho, à igualdade de oportunidades e à não discriminação em função do genoma, à integridade física, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à autodeterminação informacional genômica. Com lastro em João Nuno Zenha Martins, o autor aduz que, por meio “de um *balancing process*, deve-se procurar uma solução razoável, procedendo a uma tarefa de consideração de interesses em presença, buscando uma resposta situativa, por intermédio do princípio da concordância prática ou da harmonização, com vistas à unidade constitucional”. (In VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**. A Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral, p. 191. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

tornados acessíveis a terceiros, excepcionando o direito que busca assegurar, entre outros motivos, caso haja o consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa (artigo 14.º)⁹⁴⁷.

Como se verifica, a intromissão na esfera privada do indivíduo não pode ocorrer de forma genérica. E ainda que se esteja perante a necessidade de obtenção de dados genéticos, não se pode esquecer que se trata de um processo no seio da relação médico-paciente, no bojo da qual o paciente terá informação suficiente para participar ativamente na tomada de decisões relativas ao diagnóstico. Desse modo, por exemplo, o empregador não pode ter acesso aos dados genéticos obtidos do trabalhador que lhe presta seus serviços, pois, em tal relação, o patamar de desigualdade é patente, em virtude da subordinação jurídica que lhe é inerente.

Essa só circunstância revela a total pertinência de tutelar a informação genética. Assim o fazendo, por consequência, estar-se-á a garantir, em último grau, o direito à igualdade entre as pessoas, tendo em vista que os dados genéticos configuram dados sensíveis⁹⁴⁸, sujeitos, portanto, à discriminação, se não tiverem a sua privacidade e controle assegurados.

Acerca do tema em comento, o Superior Tribunal de Justiça (Brasil – Recurso Especial 1195995 SP - 3.ª Turma - Relatora: Ministra Nancy Andrighi, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 06/04/2011) posicionou-se com razoáveis e ponderosos argumentos, entendendo que o direito à intimidade não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente a flexibilização desse direito quando está em jogo a preservação de um interesse maior ⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Referida Declaração será objeto de análise no próximo Capítulo (Parte III, Capítulo 5).

⁹⁴⁸ Sem se ater à discussão doutrinária a respeito da natureza da informação genética humana, por escapar aos contornos do presente trabalho, relevante assentar que a legislação produzida, tanto no nível internacional, quanto no regional e no nacional, atribui à informação genética caráter de dado sensível. Com esse entendimento, com o qual se perfilha, os vários instrumentos legais reforçam a necessidade de proteção da privacidade pessoal (do indivíduo e/ou de seus familiares) e de impedir qualquer prática de discriminação genética. Veja-se a esse respeito, a Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que, no âmbito de Portugal, assegura a execução, na ordem jurídica interna, 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 (Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)). Também, no Brasil, a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), conforme a redação dada pela Lei n.º 13.853, de 8 de julho de 2019, que regulamenta a forma pela qual pessoas naturais e empresas públicas ou privadas deverão utilizar dados pessoais relacionados à pessoa física, identificada ou identificável. No capítulo seguinte, esses normativos serão objeto de estudo.

⁹⁴⁹ Anexo II. Jurisprudência. Brasil. Superior Tribunal de Justiça.

4.6 Eugenismo e discriminação genômica

4.6.1 A nova eugenia

Ao abordar a temática da nova eugenia, Daniel J. Kleves destaca que, depois da Segunda Guerra Mundial, a expressão eugenia tornou-se um termo que guardava grandes ressalvas na Inglaterra e nos Estados Unidos da América durante muito tempo, por ser associada ao racismo.

Em 1954, no livro *Humanity Heredity*, James Neel e William J. Schull censuraram a eugenia do passado, alertando acerca dos extremos que o preconceito poderia levar e, enquanto endossavam a reforma eugênica, o faziam de forma tão cautelosa e insistente que a primeira ordem foi continuar com os avanços da ciência genética humana⁹⁵⁰.

Em 1966, Lionel Penrose destacou que os valores sociais e biológicos das diferenças hereditárias são continuamente alterados conforme as variações ambientais e, portanto, à época, o conhecimento de genes humanos e sua ação são ainda tão superficiais que é presunçoso e infantil se estabelecerem princípios positivos sobre a raça humana. Em vez disso, pontua, as pessoas podem maravilhar-se da diversidade prodigiosa dos caracteres hereditários no homem e respeitar aqueles que diferem dele geneticamente, pois todos nós participamos do mesmo gigante experimento da seleção natural. Penrose proclamou na sua leitura inicial, da mesma forma que Francis Galton, que os únicos problemas com que a genética humana deveria se preocupar eram aqueles relativos à raça humana como um todo⁹⁵¹.

Embora de forma discreta, as sociedades eugênicas, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América, não deixaram de existir após a dura censura e repulsa decorridos das atividades que foram exercidas e incentivadas por seus seguidores na década de 30 do século XX. Algumas instituições que traziam em seu nome a palavra eugenia mudaram sua nomenclatura para se adequarem às novas concepções social e científica e permanecerem na evolução dos seus estudos. Como exemplo, a alteração do nome das publicações do laboratório de Francis Galton, em 1954, de *Annals of Eugenics* para *Annals of Human Genetic*⁹⁵².

A denominada reforma eugênica ajudou nas facilidades orçamentárias e sociais que beneficiaram os serviços de aconselhamento genético (termo criado por Sheldon Red,

⁹⁵⁰ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 251. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

⁹⁵¹ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 251. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

⁹⁵² KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 252. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

Diretor do Instituto Dight, de 1947 a 1977). Nos EUA, a primeira instituição a desenvolver esta ideologia foi a Clínica Hereditária da Universidade de Michigan, em 1940. Na Inglaterra, em 1946, por intermédio de John Fraser Robert, no hospital para crianças em Londres. Esses serviços clínicos passaram por diversos nomes, inclusive higiene genética, em razão do incentivo ao uso de dentifrícios, desodorantes e outros produtos do gênero. Em 1951, existiam 10 dessas clínicas nos EUA e 3 ou 4 na Inglaterra. Ao final dessa década, o número de clínicas de aconselhamento genético chegou ao total de 32 nos dois países⁹⁵³.

Nos anos que se seguiram, o estudo da genética passou a ser ministrado nas faculdades norte-americanas, de modo cauteloso, ainda considerando o impacto negativo gerado pela eugenia. Na década de 1970, os pediatras, em particular, tinham compreendido que a genética humana era uma ferramenta importante para os diagnósticos pós-natal, a qual permitiria a célere adoção de tratamentos e cuidado em certos casos. Pois, enquanto a desordem genética parecia ocorrer em menos nascimentos (1 a cada 50), ela era um fator considerável na mortalidade infantil (1 a cada 8). Em decorrência dessa estatística, estudos passaram a ser desenvolvidos, na Inglaterra e nos EUA, para reduzir esta taxa de mortalidade⁹⁵⁴.

Em 1969, o gene humano foi isolado e o estudo genético teve um grande avanço, permitindo-se a duplicação do ADN e a análise enzimática das células. Em 1970, Roberts G. Edwards, fisiologista da Universidade de Cambridge, afirmou em um Simpósio em Londres a possibilidade da fertilização *in vitro*⁹⁵⁵.

Fermin Roland Schramm⁹⁵⁶ ressalta que, na atualidade, a expressão “eugenética” é utilizada para se referir à “forma contemporânea de eugenia, uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética”. Assim, classifica a eugenética em negativa (que se refere à prevenção e cura de doenças e malformações genéticas) e a positiva (que busca a melhoria das “competências” psicofísicas humanas). O doutrinador revela preocupação com esta última tipologia de eugenia por propiciar “uma nova ordem bioantropossocial, feita de novas linhagens de humanos, mais bem adaptadas às condições de vida futura”. Isso, segundo defende, proporcionaria um

⁹⁵³ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 253-254. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

⁹⁵⁴ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 254-255. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

⁹⁵⁵ KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**, p. 264-265. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995.

⁹⁵⁶ SCHRAMM, Fermin Roland - **Eugenia, Eugenética e o Espéctro do Eugenismo: Considerações atuais sobre biotecnociência e bioética**. [Em linha]. [Consult. 30 Mai. 2019]. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/384/484.

“projeto de controle e transformação dos sistemas naturais, em sinergia com o processo de globalização da economia, da política, da informação e das tecnologias, graças à redução do social e do cultural ao biológico”⁹⁵⁷.

José Sebastião de Oliveira e Denise Hammerschmidt ponderam que a distinção entre os tipos de eugenia se dá em função da finalidade da análise genética, destacando que a eugenia negativa é aquela destinada à eliminação (por meio do aborto, do emprego de métodos anticoncepcionais ou morte de recém-nascido) de descendência não desejada, que padeça de graves malformações; e a eugenia positiva, à seleção de algumas características fisiológicas desejadas. Assentam que as análises genéticas por seu valor preditivo – inclusive em indivíduos assintomáticos – e pela informação indireta que fornecem sobre os familiares do sujeito submetido às análises podem ter finalidades, exclusivamente, eugênicas (eugenia negativa) e, com isso, evita-se a descendência, a fim de prevenir a transmissão a ela, de enfermidades genéticas de que são portadores os progenitores ou quando o embrião ou o feto são portadores de patologias graves⁹⁵⁸.

A este propósito, é pertinente e oportuna a advertência do sociólogo português Boaventura de Sousa Santos⁹⁵⁹:

[...] a biotecnologia e a engenharia genética exprimem do modo mais eloquente o dilema epistemológico contemporâneo. Em face do avanço do conhecimento científico nestes domínios e da orientação da aplicação que ele está a ter é previsível que relativamente a curto prazo o corpo humano se transforme numa mercadoria e mesmo na mercadoria por excelência, desempenhando no novo regime de acumulação o mesmo papel que o automóvel desempenhou no período do capitalismo organizado, o período da acumulação fordista.

⁹⁵⁷ Ainda nessa seara, José Sebastião de Oliveira e Denise Hammerschmidt articulam o pensamento de Casabona ao salientar que a aparição da biotecnologia da engenharia genética e, em particular, das técnicas de reprodução humana assistida conduzem à reformulação do conceito “clássico” de eugenia. Assentam: “Nesse particular aspeto, cumpre destacar a diferença entre a neo-eugenia e os movimentos eugênicos de princípios do século XX, caracterizados por bárbaras práticas de esterilização de deficientes físicos ou mentais ou por políticas criminosas de eliminação de grupos étnicos (judeus ou ciganos) e de pessoas de determinadas orientações sexuais (homossexuais), praticadas por alguns regimes políticos. Tais pessoas, eram concebidas como um problema social e coletivo, cuja solução era promovida por cientistas, pensadores, juristas e políticos. A nova eugenia se apresenta como uma questão médica, própria da esfera da relação médico-paciente e, por isso, como um assunto de saúde individual, de saúde dos próprios interessados, de um direito à saúde – a nascer saudável – em relação a seus progenitores e suas faculdades ou liberdades reprodutivas”. (In OLIVEIRA, José Sebastião; HAMMERSCHMIDT, Denise - Genoma humano: Eugenia e Discriminação Genética. **Revista Jurídica Cesumar**. [Em linha]. V. 8, n. 1, p. 182. Maringá: 2008. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/728/564>.)

⁹⁵⁸ OLIVEIRA, José Sebastião; HAMMERSCHMIDT, Denise - Genoma humano: Eugenia e Discriminação Genética. **Revista Jurídica Cesumar**. [Em linha]. V. 8, n. 1, p. 182-183. Maringá: 2008. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/728/564>.)

⁹⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa - **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5.^a ed., p. 348. São Paulo: Cortez, 1999.

No âmbito das discussões que envolvem a manipulação genética, Jürgen Habermas é avesso ao que se denomina eugenia liberal oferecido pelas biotecnologias, pois não reconhece nenhum limite entre as intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, de modo que ingerências na genética ficam submetidas à preferência dos genitores, que observarão seus próprios valores ao selecionarem melhorias para sua linhagem. O Filósofo assinala que, assim, nas “[...] sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e clientes.”⁹⁶⁰

Habermas argumenta, nesse contexto, que a programação eugênica do patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do indivíduo e mina as relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres, de modo que o acesso a terapias genéticas sem a intervenção do Estado “só é compatível com o liberalismo político, se as intervenções eugênicas positivas em pessoas tratadas geneticamente não limitarem nem as possibilidades de uma conduta de vida autônoma, nem as condições de um trato igualitário com outras pessoas”⁹⁶¹.

Adverte Flávio Luiz da Costa que Habermas elege como dignidade humana o âmbito moral e jurídico presente nas relações entre indivíduos, os quais possuem direitos e deveres, resultando que a dignidade humana se estabelece em acordos ou normas, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos. “Assim, a dignidade humana, em ambiente de coletividade concreto, se estabelece por meio de acordos morais entre os indivíduos.”⁹⁶²

Releva notar que Habermas compreende que a intervenção genética permite que se possa mexer na linha divisória entre a natureza que somos e aquilo que podemos só cultivar, destacando o aperfeiçoamento genético como potencial instrumento de fabricação e transformação do ser humano em máquinas projetadas para alto rendimento. Sob tal perspectiva, seria uma vida que não é vida desde o início⁹⁶³.

⁹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen - **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Janinni, p. 68. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁹⁶¹ HABERMAS, Jürgen - **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Janinni, p. 57. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁹⁶² COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese (Doutoramento em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018. p. 113.

⁹⁶³ HABERMAS, Jürgen - **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Janinni, p. 88. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Forçoso pontuar que, apesar de sua crítica à manipulação genética, em especial naquilo que se relaciona à eugenia positiva, Habermas mostra-se favorável à prática eugênica com objetivos terapêuticos⁹⁶⁴.

Importa salientar, em termos de arremate, que, seja qual for a face que assuma, positiva ou negativa, a eugenia, assentada na engenharia genética – assim entendida como nova eugenia –, tem a capacidade de atentar contra o direito fundamental à igualdade, na medida em que pode selecionar aqueles considerados melhores, antes mesmo que haja manifestação genotípica.

Não se fecham os olhos para o valor positivo da terapia gênica, quando utilizada para o bem-estar do ser humano, do meio ambiente. Todavia, seja por meio de análises genéticas, seja pelo uso de técnicas de reprodução assistida, sendo instrumento de eliminação de descendência não desejada ou destinada à seleção de algumas características fisiológicas desejadas, a eugenia (ou neoeugenia, como se queira) pode ser um vetor de indevida discriminação, ofendendo, por este viés, o direito à dignidade humana. Em tal cenário, pode-se estar a contemplar o antigo com vestimentas atuais, vale dizer, o conceito histórico de discriminação estará a se esconder no passado por trás das aparências do moderno⁹⁶⁵.

4.6.2 Discriminação genômica

Em outra oportunidade (Capítulo 2 da Parte III deste trabalho), afirmou-se que as existências de diferenças entre as pessoas as tornam iguais, condição que pressupõe o dever de não inferiorização, mas de reconhecimento e valorização de tais diferenças. Portanto, a razão pela qual se deve respeitar o direito fundamental à igualdade de oportunidades implica a proibição da discriminação ilícita, prejudicial. Vale lembrar que, em matéria de discriminação, o que se há de aferir e o que importa não é a intenção de gerar ou não a discriminação, mas se o resultado da ação (ou da omissão) produziu efeito discriminatório.

⁹⁶⁴ Marcos Rohling, sustenta que Habermas preconiza haver: “[...] necessidade de uma antropologia que seja adequada à moral, pois o filósofo entende haver uma conexão entre auto compreensão moral e considerações éticas concernentes aos homens como espécie. Isto é, a auto compreensão dos homens como livres e iguais depende, em alguma medida, da compreensão antropológica como membros da espécie”. (In ROHLING, Marcos - Habermas e a crítica à eugenia liberal. **PÓLEMOS**. Revista de Estudantes de Filosofia da Universidade de Brasília. V. 2, número 3, Brasília: 2013. p. 165-184. [Em linha]. [Consult. 8 Out. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/polemos/article/view/11554/10170>.)

⁹⁶⁵ MARTINS, José de Sousa *apud* FACHIN, Luiz Edson - Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná**. V. 36, Curitiba: 2001, p. 209-219. [Em linha]. Consult. [8 Out. 2019]. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/archive>.

Consonante com o que se tem proposto, é indispensável o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, ainda mais quando se examina a questão sob o viés das informações genéticas, pois a possibilidade de discriminação é inevitável. Adequada e oportuna a assertiva de João Nuno Zenha Martins, ao afirmar que a história demonstra a restrição dos direitos das pessoas “com base em invocações apelativas de causas nobres”, de tal forma que “nesses contextos, primeiramente justificados, foram cometidos os maiores barbarismos em nome de uma pretensa evolução civilizacional”. Dessa forma, há de serem observados os limites, que nenhum fim, por mais lícito que seja, pode postergar⁹⁶⁶.

Interessantes as considerações de Karina Schuch Brunet, para quem a possibilidade de patenteamento do genoma humano permite “que o Homem seja objeto de propriedade de outros homens, configurando-se um verdadeiro processo de objetificação do ser humano”. A autora ressalta, ainda, que “isso significa um degradante retrocesso à escravidão, agora não mais racial, porém genética”⁹⁶⁷.

Portanto, não se argumente que não existe ou se justificaria a discriminação genética ao se buscar acompanhar as exigências econômicas e tecnológicas da contemporaneidade (aquelas reclamadas pelo mercado) e, também, ao não haver a intenção de discriminar, sobretudo quando se avalia a relevância da informação genética em relações cuja desigualdade é a tônica, tal como se configura no contrato de trabalho.

Segundo salienta Christian de Paul de Barchifontaine⁹⁶⁸, a informação genética poderá culminar na figura da pessoa como cristal, transparente, ao menos no seu aspecto biológico-genético. Aduz o autor que a carteira genética poderá ser colocada a serviço de uma prática de contratação de empregos que estigmatiza pessoas portadoras de herança genética anômala, podendo se tornar um elemento de estratificação e discriminação social ao lado do fator racial, étnico, sexual e socioeconômico.

Sob esta perspectiva, pode-se afirmar que a discriminação genética é fenômeno análogo à discriminação racial ou sexual, uma vez que o indivíduo não possui nenhum

⁹⁶⁶ MARTINS, João Nuno Zenha - **O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?**, p. 93. Oeiras: Celta Editora, 2002.

⁹⁶⁷ BRUNET, Karina Schuch - **Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas**. [Em linha]. Revista Jurídica Órgão Nacional e Doutrina Jurisprudência Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. 274, p. 44-56, 2000. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://brunet.adv.br/artigos/>.

⁹⁶⁸ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - **Bioética e início da vida: alguns desafios**, p. 79. [Em linha]. SCRIBD. Aparecida-SP. Ideias e Letras. Centro Universitário São Camilo, 2004. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/215188161/121075616-Paul-Barchifontaine-Bioetica-e-Inicio-Da-Vida>.

controle sob sua composição genética, a qual faz parte do seu destino, segundo sua “loteria genética” ou da sua personalidade⁹⁶⁹.

Gisele Echterhoff também reconhece esta possibilidade de tratamento discriminatório e/ou eugênico a partir da informação genética. Destaca que poderão existir os denominados “sadios doentes”, pessoas que são portadoras de um gene que pode contribuir para o desenvolvimento de uma doença futura, configurando-se, assim, o risco de se criar mais uma classe social, também excluída⁹⁷⁰.

Como se nota, a vasta literatura especializada assenta que o uso de diagnósticos genéticos preditivos pode dar lugar também a um novo grupo de indivíduos, classificados em razão de sua história genética. Nesse particular, há de ser mencionado que, embora se trate “apenas” de resultados potenciais, probabilidades de que haja o desenvolvimento de uma desordem genética, não se duvida que este potencial é suficiente para desaguar na temida discriminação genética negativa, isto é, aquela capaz de estigmatizar não apenas o indivíduo genotipado, mas também seus ascendentes e descendentes⁹⁷¹.

Com esta moldura, define-se discriminação genômica como o tratamento desigual e ilícito, conferido a alguém em face de predisposição ou da manifestação de

⁹⁶⁹ GOMES, Júlio Manuel Vieira - **Direito do Trabalho**. Relações individuais de trabalho. Vol. 1, p. 347. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁹⁷⁰ ECHTERHOFF, Gisele - **O direito à privacidade dos dados genéticos**. [Em linha]. Curitiba: Tese (Mestrado em Direito Econômico e Social). 2007. Universidade Católica do Paraná. p. 63. Consult. 29 Out. 2019. Disponível em http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=1061.

⁹⁷¹ Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer apontam alguns fatos concretos, em que a discriminação genômica acarretou a marginalização social de indivíduos ou grupos de pessoas:

a) Em 1969, uma pesquisa de autoria de Jansen, sustentou que a maior parcela das diferenças de resultados nos testes de QI, entre brancos e negros, seria de origem genética. A afirmação de inferioridade genética dos negros impactou seriamente a comunidade científica, tendo se voltado contra a classe trabalhadora em geral, e se popularizou em Richard Herrnstein, Professor de Psicologia na Universidade de Harvard – USA.

b) Na Inglaterra, o psicólogo Hans Eysenck, ao defender a premissa da diferença biológicas de QI entre raças, embasou campanha contra a imigração negra e asiática.

c) Pesquisa de testagem em massa de anemia falciforme, em países com população negra, onde a doença atinge o percentual de um em cada quatrocentos negros, tornou-se instrumento propagador de discriminação nos portadores da doença e, muitos deles, foram recusados em empregos e impedidos de obter seguro de saúde.

d) Andrew C. Varga noticia que, em 1982, cinquenta grandes empresas norte-americanas manifestaram a intenção de, nos cinco anos seguintes, submeter seus empregados a testes genéticos. Acrescenta ainda que quinze outras empresas já usaram esses testes.

e) A Sra. Terry Seargent procurou um médico por achar que tinha problemas alérgicos. Todavia, foi diagnosticada com uma deficiência de alfa 1, distúrbio comumente fatal ligado à ancestralidade. Se não controlada, a doença consome os pulmões, sufocando a pessoa. Sua condição de saúde rapidamente se espalhou e ela foi demitida. Poucos dias antes do seu diagnóstico, a Sra. Terry recebeu um aumento salarial de 10%. Sua dispensa, portanto, foi de natureza discriminatória, em razão de suas predisposições genéticas.

f) Há notícia (SFEZ, Lucien - A saúde perfeita: críticas de uma utopia. Lisboa: Instituto Piaget, 1995) de que, nos Estados Unidos da América, o entendimento jurisprudencial tem tornado a informação genética uma exigência. (In FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho**, p. 128-137. 2016. São Paulo: Ltr., 2016).

determinada doença de origem genética ou hereditária que pode decorrer da informação genética deste indivíduo ou indiretamente de seus parentes⁹⁷².

Francisco Vieira Lima Neto conceitua esta modalidade de discriminação como⁹⁷³:

[...] conduta discriminatória, em geral por parte do Estado ou grupos empresariais, que se manifesta como um reducionismo genético da pessoa humana, que passa a ser considerada exclusivamente como um objeto resultado da ação do conjunto de genes que possui, os quais têm probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais.

Portanto, a discriminação genômica, que desigualava, que estigmatizava, deixa as salas do debate acadêmico, as páginas da literatura especializada, configurando-se nos diversos aspetos em que a vida se desenvolve. Por isso, deve ser repudiada, vedando-se que os dados genéticos possam ser usados para fins ilícitos e/ou abusivos.

De facto, ciente de que a informação genética a respeito de um indivíduo se constitui em precioso poder nas mãos de terceiros⁹⁷⁴, faz-se necessário que exista um efetivo controle (jurídico, ético) sobre este poder. Sua contenção deve ter por efeito o de preservar o direito à intimidade das informações genéticas, de modo que seja assegurada a dignidade da pessoa humana, “que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas”⁹⁷⁵.

Em razão desses aspetos, o tema examinado se constituiu em objeto de preocupação mundial, sendo merecedor de diversa previsão normativa.

Alguns desses instrumentos jurídicos serão apreciados no Capítulo seguinte.

⁹⁷² CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SILVA, Alex Lino da; CHACON, Luís Fernando Rabelo - Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 19, n. 4101, 23 set. 2014. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31945/discriminacao-genetica-nas-relacoes-de-trabalho-e-responsabilidade-civil-sob-a-otica-do-codigo-civil-brasileiro>.

⁹⁷³ LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**, p. 62. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁹⁷⁴ ECHTERHOFF, Gisele - **O direito à privacidade dos dados genéticos**. [Em linha]. Curitiba: Tese (Mestrado em Direito Econômico e Social). 2007. Universidade Católica do Paraná. p. 63. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1061.

⁹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen - **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?**, p. 47. Tradução: Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Capítulo 5 – Testes Genéticos e Discriminação Laboral

5.1 Considerações iniciais

Os estudos desenvolvidos na área da biotecnologia a partir do século XX acarretaram vários debates sobre o uso e as possibilidades advindas do mapeamento e sequenciamento do genoma humano. Temas como bioética, eugenia, clonagem, testes genéticos, discriminação genética nas relações de emprego são realidades cotidianas e, apesar disso, não contavam com adequada regulamentação jurídica, o que possibilitava a pessoa ser colocada em situação indefesa e de vulnerabilidade.

Em razão disso, vários organismos internacionais e regionais, assim como diversos países, promoveram a formulação de normativos com vistas a disciplinar o manuseio genético e suas implicações. Os próximos tópicos são dedicados ao estudo de algumas dessas regulamentações, sobretudo aquelas dedicadas à discriminação em razão do patrimônio genético, no que se relaciona ao prestador de mão de obra. Acrescente-se que não há a pretensão de exaurir o rol, nem de empreender estudo de direito comparado.

Tais posicionamentos normativos foram convencioneados devido à pressão e à influência das transformações que a tecnologia vem realizando no mundo contemporâneo e que estão latentes na sociedade globalizada.

Desse modo, deve ser crescente a elaboração de legislações que visem à proteção do trabalhador e, concomitantemente, resguardem o interesse social, visto que o rompimento do direito à intimidade e à privacidade de qualquer indivíduo, trabalhador ou não, é globalmente consentido em casos de relevância social.

É forçoso salientar que o Brasil não conta com regulação específica em relação ao âmbito da ciência genética, ainda mais naquilo que se relaciona à relação trabalhista.

Há, por certo, lacuna no ordenamento jurídico brasileiro.

Malgrado se possa vislumbrar a existência de norma protetiva da dignidade da pessoa do trabalhador (por exemplo, artigos 163, 164, 168, 192 e 193 da CLT, que tratam da manutenção dos serviços especializados em segurança e medicina do trabalho), a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT não dispõe de norma protetiva naquilo que se refere à proteção de ingerência a sua vida privada, a sua informação genética.

Contudo, compreende-se que os normativos tornados público neste trabalho possam ser utilizados internamente como parâmetro de hermenêutica. Há de se notar a especial previsão contida no § 2.º do artigo 5.º da Constituição da República Brasileira: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Marcelo Braghini pontua que o sistema jurídico, orientado pelo princípio da plenitude da ordem jurídica, permite que o juiz, diante de lacuna normativa, possa solucionar o caso concreto por meio da aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, fazendo prevalecer, sob idealizada realidade política e social futura, a aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais fundamentais, ainda que previstos em tratados internacionais⁹⁷⁶.

Assinale-se que a Teoria do Diálogo das Fontes⁹⁷⁷, utilizada como método de interpretação jurídica, permite que se tenha visão unitária do sistema, sabendo-se que, em variadas vezes, a norma não é suficiente, de modo a aplicar-se simultaneamente normas existentes em outros subsistemas, em ordem a resultar na efetividade do direito e assegurar-se a vedação de retrocesso social.

Dessa forma, conforme leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli⁹⁷⁸, a fim de solucionar eventuais antinomias, o operador do direito deve aplicar o princípio internacional *pro homine*, segundo o qual deve prevalecer a norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa. Salienta o autor que, se a norma infraconstitucional for mais benéfica que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é ela que deve ser aplicada em detrimento daqueles (lembre-se que a permissão para tanto vem da própria normativa internacional), por meio das suas “cláusulas de diálogo”. O problema, continua, que surge – e aí se aplica a teoria da dupla compatibilidade vertical material⁹⁷⁹ e o

⁹⁷⁶ BRAGHINI, Marcelo - **Reforma trabalhista, flexibilização das normas sociais do trabalho**, p. 28. São Paulo: LTr, 2017.

⁹⁷⁷ “A Teoria do Diálogo das Fontes Formais de Direito é método da teoria geral do direito e se constitui em um desenvolvimento superior da interpretação sistemática, que, informado por fundamentos axiológicos, opera como fator de harmonização dos diversos ramos do Direito, na perspectiva humanista da realização dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Brasileira. Concebida pelo professor Erik Jaime, a Teoria do Diálogo das Fontes visa à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas incidentes no caso; fontes legislativas especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas tudo iluminado pelos valores constitucionais e pelos Direitos Fundamentais. Ao invés de as fontes formais de direito excluírem-se umas as outras pelos tradicionais critérios da anterioridade, especialidade e hierarquia, trata-se de superar esse monólogo em favor de um novo paradigma hermenêutico de concertação, no qual as fontes formais de direito passam a um processo de coordenação. A proposta é a de uma autêntica interlocução entre as normas, daí a identificação desse método como Diálogo das Fontes. Da exclusão de determinada norma, evolui-se para harmonização entre as normas em cotejo com vistas à coerência e à funcionalidade do sistema jurídico”. (In MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de - Apresentação. In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CLAUS, Ben-Hur Silveira (Coords.). **A Teoria do diálogo das fontes no processo do trabalho**, p. 10. São Paulo: Ltr, 2017)..

⁹⁷⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira - **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. V. 4, 2.^a ed. revista, atualiza e ampliada, p. 143. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁹⁷⁹ A teoria da dupla compatibilidade vertical material diz respeito à validade da norma, que será válida se for compatível com o texto constitucional, bem como com os tratados de direitos humanos em vigor no país,

consequente controle de convencionalidade⁹⁸⁰ – vai dizer respeito ao caso em que a lei interna é em tudo compatível com a Constituição, mas viola um tratado de direitos humanos por ser menos benéfica que este. Nesse caso, prossegue o autor, aplicando novamente o “diálogo das fontes”, é evidente que terá lugar a aplicação do tratado em detrimento tanto da Constituição (que autoriza algo menos benéfico que ele) como da lei interna (que operacionaliza esta proteção a menor). Salieta que, diferentemente do conflito entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, as leis internas menos benéficas (as quais têm garantia constitucional de sobrevivência, pois compatíveis com a Constituição) permanecem perambulando nos compêndios legislativos publicados. Assim, ressalta, tais leis são vigentes, mas não podem ser tidas como válidas dentro da ordem interna e, por tal motivo, devem ser declaradas inválidas pelo Poder Judiciário, o que é somente possível controlando sua convencionalidade, isto é, compatibilizando-as com as normas internacionais de direitos humanos que têm hierarquia (material, no mínimo) de normas constitucionais, podendo tal controle ser exercido quer pela via de exceção (controle difuso), quer por meio de ação direta (controle concentrado).

Releve-se que os artigos 8.º, 769 e 889 da CLT⁹⁸¹ sempre previram a integração de microssistemas jurídicos. Dessa maneira, mesmo após a vigência da denominada “Reforma Trabalhista”, é autorizado que qualquer norma funcione como fonte supletiva e subsidiária ao Direito do Trabalho, naquilo que não lhe for incompatível com suas regras e princípios.

Nessa perspectiva, vários documentos internacionais que tratam do tratamento genético, sobretudo no que toca à relação de trabalho, podem ser inseridos no que se denomina bloco de constitucionalidade e, bem assim, devem servir para balizamento e ampliação de proteção dos direitos humanos fundamentais do trabalhador.

Por fim, algumas decisões jurídicas interligadas ao mapeamento genético foram transcritas neste trabalho.

segundo lição de Valerio de Oliveira Mazzuoli. (In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira - Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord.). **Controle de convencionalidade**. Temas aprofundados. Salvador: Editora Juspodium, p. 24, 2018).

⁹⁸⁰ Controle de convencionalidade é, em linhas gerais, a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (In MAZZUOLI, Valerio de Oliveira - Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord.). **Controle de convencionalidade**. Temas aprofundados. Salvador: Editora Juspodium, p. 24, 2018).

⁹⁸¹ Anexo I. Legislação. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

5.2 Tutela jurídica

5.2.1 Normativos de organismos internacionais

Acerca da integração dos normativos internacionais e sua aplicação ao objeto desta pesquisa, destaque-se o comando imperativo do artigo 8º, nº 1, da CRP no sentido de que “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. O citado dispositivo, bem como os nºs. 2, 3 e 4 seguintes⁹⁸² permitem afirmar que as normas de direito internacional funcionam como limite ao poder constituinte, “submetido que está, por razões conceituais da construção do Direito, a este acervo axiológico”. Assim, não faria sentido o reconhecimento de um corpo normativo e estruturante emanado da comunidade internacional e, contraditoriamente, abrir-se a possibilidade de, por meio de normativo interno, ainda que de hierarquia constitucional, o Estado português furta-se do seu cumprimento.⁹⁸³

Destaca Wladimir Brito que o referido artigo 8º da CRP convoca “as normas e princípios do Direito Internacional para regular o modo como são recebidas e o sistema de receção na ordem jurídica interna”, adotando-se em Portugal o modelo monista, com o primado do direito internacional.⁹⁸⁴

Entretanto a Constituição brasileira, não assegura a mesma força cogente, com a vinculação automática aos princípios e as normas de direito internacional, como o faz a CRP. Da leitura dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CRFB vê-se que em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos há a necessidade de submissão à aprovação por ambas as Casas legislativas (Câmara e Senado Federal), com quórum qualificado de três quintos dos votos, em dois turnos. Só então esses tratados e convenções terão o *status* de emendas constitucionais.⁹⁸⁵

Diversos são os diplomas normativos internacionais que tratam do genoma humano e de testes genéticos.

Em âmbito global, a Convenção sobre a Diversidade Biológica da Organização das Nações Unidas foi assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio

⁹⁸² Anexo I. Legislação. Portugal. Constituição da República Portuguesa.

⁹⁸³ PARLAMENTO EUROPEU – **A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado**. [Em linha]. Estudo – EPRS – Direção-Geral dos Serviços de Estudos do Parlamento Europeu – Unidade Biblioteca de Direito Comparado - Novembro 2018 – [Consult. 23 mai 2022]. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/630294/EPRS_STU\(2018\)630294_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/630294/EPRS_STU(2018)630294_PT.pdf).

⁹⁸⁴ BRITO, Wladimir – Direito Internacional Público. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 124. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.^a, 2013.

⁹⁸⁵ Anexo I. Legislação. Brasil. Constituição Federal.

Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), ECO92, realizada no Rio de Janeiro. Trata o Documento da utilização sustentável, conservação e repartição equitativa dos benefícios derivados da biodiversidade, bem como da sustentabilidade do desenvolvimento social e econômico baseado na utilização dos recursos naturais do planeta⁹⁸⁶.

Também, note-se que a Declaração da UNESCO sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, de 12 de novembro de 1997 – que é permeada pelo respeito à dignidade humana – apresenta previsão acerca do genoma humano e da biodiversidade⁹⁸⁷.

Outro relevante normativo internacional que reafirma os direitos e os deveres de todas as pessoas sobre o seu genoma é a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela UNESCO, em 11 de novembro de 1997. Referido documento proclama o genoma humano como patrimônio da humanidade, constituindo-se na base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade (artigo 1.º). No artigo 2.º, a Declaração ressalta que a todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas, e que esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

Esse documento, em seu artigo 5.º, dispõe que a pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa dos respectivos riscos e benefícios, devendo ser obtido, em qualquer caso, o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo, que tem o direito de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e suas consequências. Além disso, proíbe qualquer tipo de discriminação com base em características genéticas (artigo 6.º) e prevê a confidencialidade dos dados genéticos associados a um indivíduo identificável e a indenização por danos resultantes de intervenções sobre o genoma (artigo 7.º). Estabelece,

⁹⁸⁶ Destacam Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer que esta Convenção serviu de partida para a negociação de um Regime Internacional sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Repartição dos Benefícios resultantes desse acesso, estabelecendo parâmetros éticos em relação às pesquisas biotecnológicas. Ressaltam as autoras que o Normativo reconhece a essencialidade do acesso a recursos genéticos e à tecnologia, assim como a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização desses recursos genéticos, submetendo o mencionado acesso ao consentimento prévio. (In FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho, p. 191-192. São Paulo: LTr, 2016).

⁹⁸⁷ Destaca, em seu artigo 6.º: “O genoma humano, com pleno respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, deve ser protegido, e a biodiversidade salvaguardada. O progresso científico e tecnológico não deve, de forma nenhuma, prejudicar ou comprometer a preservação da espécie humana e de outras espécies”.

porém, que a legislação interna, poderá mitigar os princípios do consentimento e da confidencialidade, mas sempre por razões imperiosas e com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e desde que dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos (artigo 9.º)^{988 989}.

Merece ser mencionada a Resolução pela Conferência Geral da UNESCO, que aprovou, em 16 de novembro de 1999, as Diretrizes para a aplicação da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos⁹⁹⁰.

Apesar da amplitude da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, percebeu-se sua insuficiência diante do avanço da utilização do genoma humano. Nesse contexto, a Conferência Geral da UNESCO aprovou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004, que tem como objetivo declarado o de promover o respeito à dignidade humana, de proteger os direitos humanos e das liberdades fundamentais na coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, observando-se os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade e considerando a liberdade de pensamento, expressão e investigação, exceção feita apenas à “investigação, detecção e julgamento de casos de delito penal e de testes de paternidade, que se regem pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos” (artigo 1.º). Este instrumento dispõe que a identidade de uma pessoa não pode ser reduzida a características genéticas, “uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afetivas, sociais,

⁹⁸⁸ Stela Barbas comenta sobre a relevância dessa Declaração, destacando que, até então, a UNESCO só tinha atribuído a condição de Patrimônio Comum da Humanidade “a realidades físicas como a lua, o fundo do mar e monumentos com valor cultural para todos os povos. Surgiu uma noção e um conceito inteiramente novos, no âmbito do direito internacional, na medida em que a Humanidade, presente e futura, passa a ser sujeito de direitos”. (In BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 17. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011).

⁹⁸⁹ Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer delineiam que a Declaração representa o primeiro texto de natureza internacional sobre o genoma humano e apontam que se mostra importante na medida em que se traduz como instrumento jurídico em sentido estrito, condição que não possuem as demais declarações, recomendações, pareceres e conclusões até então adotadas internacionalmente. Assentam que esse instrumento normativo, embora se volte para o genoma humano, tem natureza interdisciplinar, abordando vários aspetos que emergem do estudo e problematização do genoma. As autoras, apoiadas em Gediel, apontam que, ao dizer-se universal, evidencia a Declaração sua raiz iluminista, em que busca sua sobreposição sobre as ordens jurídicas nacionais, com vistas ao alcance de uma comunidade ideal-universal, mormente porque se apoia na identidade biológica que integra o genoma, afastando-se da ideia abstrata de igualdade humana. (In FÁRIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho**, p. 191-192. São Paulo: LTr, 2016).

⁹⁹⁰ Como justificativa para sua adoção consta: “A implementação da Declaração torna-se mais urgente na medida em que se acelera o progresso científico nas áreas da genética e da biologia e, ao mesmo tempo, gerando esperanças para a humanidade e criando dilemas éticos” (Item 1). Essas diretrizes, além de buscar identificar as tarefas que caberiam aos diversos atores para incrementarem a Declaração, também objetivam identificar as “modalidades de ações para se efetivar sua concretização”.

espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade” (artigo 3.º). Reconhece a Norma a existência de especificidade dos dados genéticos humanos, que decorrem, também, da circunstância de serem preditivos de predisposições genéticas dos indivíduos, acentuando o princípio da proteção dados no campo da genética (artigo 4.º)⁹⁹¹.

No que respeita ao direito à não discriminação por dados genéticos e proteicos, estipula o documento internacional que sejam envidados esforços para impedir que os dados genéticos sejam utilizados para fins de discriminação da pessoa, com ofensa aos seus direitos, liberdades ou dignidade ou de estigmatização de um indivíduo, família, grupo ou comunidade (artigo 7.º).

Assegura o normativo o princípio do consentimento prévio, livre, informado e expresso, que só poderá sofrer restrições por razões imperativas impostas pelo direito interno, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (artigo 8.º).

Outro aspeto relevante diz respeito ao direito à autodeterminação informativa, concretizado nos aspetos de o indivíduo ter o direito à informação e o de não serem informados os resultados de seus dados genéticos, bem como de ser cancelada a informação obtida (artigos 9.º, 10.º e 11.º). No que concerne à proteção à vida privada e à confidencialidade, estabelece que os dados genéticos humanos associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados ou tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, a não ser por motivo de interesse público relevante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno ou sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa (artigo 14.º).

Outrossim, a UNESCO adotou, em 19 de outubro de 2005, durante a 33.ª Sessão da Conferência Geral, a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, que trata das questões éticas suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, aplicadas aos seres humanos, tendo em conta as suas dimensões social,

⁹⁹¹ Estabelece o documento que os dados genéticos e proteicos humanos (informações relativas às proteínas de um indivíduo, incluindo a sua expressão, modificação e interação) só podem ser coletados, tratados, utilizados e conservados para fins de diagnóstico e cuidados de saúde (incluindo os rastreios e testes preditivos), investigação médica e científica (incluindo os estudos epidemiológicos, antropológicos ou arqueológicos), medicinal legal e processos civis ou penais e outros procedimentos legais (de acordo com a legislação interna de cada Estado) ou qualquer outro compatível com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e com o direito internacional dos direitos humanos (artigo 5.º, “i a iv”).

Esse instrumento reza que a coleta, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos se sujeitam a procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis, com a participação da sociedade nos processos de tomada de decisão sobre as políticas correlatas e a intervenção de comitês de ética, nos níveis nacional, regional, local e institucional (artigo 6.º).

jurídica e ambiental. Assevera Fábio Goulart Villela⁹⁹² que este Documento revela um amadurecimento das discussões na esfera internacional e uma visão mais abrangente do tema, tendo enunciado os princípios fundamentais da bioética, pautados, entre outros aspetos, pelo respeito à dignidade humana, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, pelo fomento ao diálogo multidisciplinar e pluralista e pela defesa dos interesses das gerações presentes e futuras (artigos 1.º e 2.º), assim como consagra o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa submetida a intervenções médicas ou pesquisas científicas, o respeito à vida privada e à confidencialidade das informações pessoais e os princípios da não discriminação e da não estigmatização, estimulando a criação de comitês de ética independentes (artigos 6.º, 9.º, 11.º e 19.º).

No âmbito regional, cita-se a Resolução de 16 de março de 1989, do Parlamento Europeu, que dispõe sobre “a instituição de comissão internacional, pluralista, para a avaliação ética, social e política dos resultados da investigação do genoma humano e das suas possíveis aplicações”⁹⁹³.

Devido à sua importância, descreve-se a seguir o excerto da Resolução que discorre sobre a análise do genoma em trabalhadores (subitens 13, 14, 15, 16, 17 e 18):

13. Salienta-se que o afastamento de trabalhadores de saúde mais delicada não poderá, em caso algum, constituir alternativa ao melhoramento do ambiente no local de trabalho;

14. Reclama-se a proibição de modo juridicamente compulsivo da seleção de

⁹⁹² VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**, p. 103. 2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁹⁹³ Salienta esta Resolução, em seu item 1, que a ciência e a investigação detêm liberdade fundamental (subitem 1), externando que a expressão jurídica da responsabilidade social das ações dos investigadores e da investigação se encontra nos limites da liberdade da ciência e da investigação, que decorrem dos direitos de terceiros e da sociedade por eles constituída e, sobretudo, da dignidade do indivíduo e do conjunto dos indivíduos (subitem 2).

O Texto considera como condições prévias essenciais para a utilização de análises genéticas, subitem 12, que (a) estas e as consultas correspondentes sejam orientadas exclusivamente para o bem-estar das pessoas em questão, sempre com caráter voluntário, e os resultados da pesquisa sejam comunicados aos interessados, se estes assim o desejarem, o que significa que o médico não tem o direito de informar os familiares das pessoas em questão sem o consentimento destas; (b) estas não sejam, em caso algum, utilizadas com o objetivo, questionável do ponto de vista científico e inaceitável do ponto de vista político, de obter uma “melhoria positiva” do patrimônio genético da população ou, ainda, para uma seleção negativa de características genéticas indesejadas ou o estabelecimento de “normas genéticas”; (c) o princípio da autodeterminação individual das pessoas observadas tenha prioridade incondicional sobre as pressões de caráter econômico dos sistemas de saúde, pois todo indivíduo tem o direito inviolável de conhecer ou não os seus genes; (d) a elaboração de fichas genéticas individuais só possa ser realizada por um médico e a transmissão, concentração, armazenamento e aproveitamento de dados genéticos por organizações públicas ou privadas sejam proibidas; (e) a elaboração de estratégias genéticas para solucionar problemas sociais não se verifique, pois isso anularia a capacidade de compreender a vida humana como uma realidade complexa, que nunca poderá ser totalmente abrangida por um só método científico; (f) os conhecimentos adquiridos pelo recurso à análise genética sejam absolutamente confiáveis e possibilitem afirmações inequívocas sobre dados clínicos precisos e definidos, cujo conhecimento seja, para o próprio interessado, de utilidade imediata do ponto de vista da saúde.

trabalhadores com base em critérios genéticos;

15. Solicita-se que se proíbam em geral as análises genéticas para a realização de rastreios;

16. Solicita-se que os exames genéticos de trabalhadoras e trabalhadores, no âmbito da Medicina do trabalho, não sejam permitidos antes da sua contratação, que só possam ser efetuados com carácter voluntário, estejam relacionados com o estado de saúde desse momento e com os eventuais riscos para a saúde decorrentes da colocação num determinado local de trabalho e sejam realizados por médica ou médico da sua escolha mas não pelo médico da empresa; apenas os interessados terão acesso aos resultados destes exames e apenas eles poderão comunicá-los, eventualmente, a outrem; e que as violações do direito de inquirição sejam punidas penalmente;

17. Salienta-se o direito de as trabalhadoras e os trabalhadores serem completamente informados e aconselhados, antes da sua realização, sobre as análises propostas e a importância dos seus eventuais resultados e sobre o direito de recusarem, em qualquer momento, sem justificarem e sem que daí lhes possam advir quaisquer consequências positivas ou negativas, a realização de análises genéticas;

18. Exige-se que os dados genéticos das trabalhadoras e dos trabalhadores não possam ser arquivados e que sejam protegidos, por medidas especiais, da utilização abusiva por terceiros.

A mesma Resolução, no item 2.1, faz menção às repercussões sociais diretas dos conhecimentos de Engenharia Genética na análise do genoma em trabalhadores, considerando o seguinte:

1. Não é lícito utilizar análises genéticas para excluir trabalhadores de determinados postos de trabalho, a fim de, por este processo, se poder escapar a tomar medidas técnicas e organizativas na luta contra os perigos no local de trabalho. Cumpre proibir, de forma juridicamente vinculativa, a seleção de trabalhadores efetuada de acordo com critérios genéticos.

2. Não é lícito que as análises genéticas levem à discriminação do trabalhador na base de motivos que se encontram totalmente fora do seu controle. Por este motivo, cumpre que, por princípio, se rejeite o emprego generalizado das possibilidades oferecidas pela análise genética para efetuar rastreios de trabalhadores. O recurso à consulta de genética deve ser uma decisão livremente

tomada pelo indivíduo, e não condição imposta pelo patrão para admitir o trabalhador.

3. É preciso excluir análises genéticas que penetrem no foro íntimo da personalidade do trabalhador. O direito de guardar para si os seus próprios dados genéticos, ou até mesmo de não querer tomar conhecimento deles, deve prevalecer sobre o interesse do patrão em fazer o planejamento do seu pessoal da maneira mais objetiva e rendível possível. Relativamente à recolha e utilização de informações genéticas, é necessário criar medidas jurídicas muito rigorosas, devendo-se incluir entre estas também as que garantam o direito do indivíduo de recusar a recolha de dados genéticos.

4. O direito do patrão de obter informações e a amplitude do exame médico realizado na empresa, por ocasião da admissão do trabalhador, devem restringir-se à situação hígida do trabalhador nesse momento e à sua aptidão para preencher o lugar previsto. Cumpra que as violações, pelo patrão ou pelo médico da empresa, dos limites do direito de inquirição sejam punidas penalmente.

5. Cumpra assegurar que o trabalhador em questão seja informado, antes do primeiro exame ou dos exames posteriores, do facto de estar prevista uma análise e da importância que os respetivos resultados podem ter para ele.

6. Cumpra proteger, por meio de medidas especiais, os dados genéticos do trabalhador contra a sua utilização abusiva por terceiros. Não é lícito incluir os dados em ficheiros relativos aos assuntos do pessoal, nem os processar eletronicamente em outros bancos de dados do patrão.

Cite-se, ainda, a Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano, aprovada em 1993, na Reunião Internacional sobre os Aspectos Legais do Projeto Genoma Humano, que menciona a intimidade como patrimônio pessoal e afasta a utilização dos dados genéticos com fins discriminatórios no âmbito laboral, de seguros ou em qualquer outro⁹⁹⁴.

Importa relacionar a Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, do Conselho da Europa, de 1981⁹⁹⁵

⁹⁹⁴ VIANA, Roberto Camilo Leles. **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?**, p.51. São Paulo: LTr. 2014.

⁹⁹⁵ Conhecida como Convenção 108, trata da proteção de dados pessoais e se destina a garantir a todas as pessoas, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais e pelo seu direito à vida privada em face do tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito (artigo 1.º).

A alínea “a” do artigo 2.º dessa Convenção define dados de caráter pessoal como sendo qualquer informação

⁹⁹⁶. Referida Convenção está aberta à adesão de qualquer país, mesmo a não membros (artigo 20), sendo necessário sinalar que, nos termos do seu Protocolo de Alteração, de 18 de maio de 2018, não existe a possibilidade de excluir quaisquer setores ou atividades em matéria de proteção de dados concedida ao abrigo da Convenção n.º 108⁹⁹⁷.

Por sua vez, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de abril de 1997, conhecida como Convenção de Oviedo, tem como objetivo a proteção do ser humano na sua dignidade e identidade e a garantia a toda pessoa, sem discriminação, do respeito pela sua integridade e de todos os outros direitos fundamentais em face das aplicações da Biologia e da Medicina (artigo 1.º). A Convenção, em seu artigo 2.º, estabelece como premissa que os interesses do indivíduo sempre prevalecem sobre os interesses da ciência, da sociedade, realçando a abstenção de violação da dignidade do ser humano.

Como regra, o Documento dispõe que qualquer intervenção no domínio da saúde somente se dará com o consentimento livre e esclarecido da pessoa, o qual pode ser revogado

relativa a uma pessoa singular identificada ou suscetível de identificação (titular dos dados).

⁹⁹⁶ Aplica-se a todos os tratamentos de dados pessoais realizados tanto pelo setor privado como pelo setor público, incluindo os tratamentos de dados efetuados pelas autoridades policiais e judiciárias.

Segundo esta Convenção, os dados pessoais devem ser armazenados de forma leal e lícita e para finalidades determinadas e legítimas, não podendo ser utilizados para fins incompatíveis com essas finalidades nem conservados por tempo superior ao necessário. A Norma diz também respeito à qualidade dos dados, estabelecendo, em especial, que têm de ser adequados, pertinentes e não excessivos (proporcionalidade), bem como exatos. É do espírito dessa Convenção a segurança da informação como elemento essencial, conferindo-se aos titulares dos dados pessoais o adequado tratamento, controle e gestão sobre suas próprias informações – o que se denomina autodeterminação sobre a informação (ou autodeterminação informativa).

⁹⁹⁷ No Brasil, foi promulgada a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, modificada pela Lei 13.853, de 8 de julho de 2019, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em Portugal, veja-se a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. De acordo com o artigo 7.º - Tratamento de dados sensíveis: “1 - É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. 2 - Mediante disposição legal ou autorização da CNPD, pode ser permitido o tratamento dos dados referidos no número anterior quando, por motivos de interesse público importante, esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º; 3 - o tratamento dos dados referidos no n.º 1 é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições: [...]”. Consoante o artigo 9.º - Interconexão de dados pessoais: “1 - A interconexão de dados pessoais que não esteja prevista em disposição legal está sujeita a autorização da CNPD solicitada pelo responsável ou em conjunto pelos correspondentes responsáveis dos tratamentos, nos termos previstos no artigo 27.º. 2 - A interconexão de dados pessoais deve ser adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias e de interesses legítimos dos responsáveis dos tratamentos, não implicar discriminação ou diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, ser rodeada de adequadas medidas de segurança e ter em conta o tipo de dados objeto de interconexão”.

a qualquer momento. Para tanto, esta pessoa receberá previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos (artigo 5.º). Coíbe a Convenção toda forma de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético (artigo 11), bem como determina, em seu artigo 12:

Não se poderá proceder a testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam quer a identificação do indivíduo como portador de um gene responsável por uma doença quer a detecção de uma predisposição ou de uma susceptibilidade genética a uma doença, salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado.

Particularmente importante, o artigo 13 assenta que a “intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência”⁹⁹⁸.

Por sua importância e conexão com o objeto de estudo deste trabalho, passa-se à análise de um dos protocolos adicionais a esta Convenção: o Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina relativo a Testes Genéticos para fins de Saúde, de 27 de novembro de 2008. Seu artigo 2.º define sua aplicação aos testes realizados para fins de saúde, envolvendo análise de amostras biológicas de origem humana e que visam identificar as características genéticas de uma pessoa, excluindo, no entanto, de seu âmbito os testes genéticos efetuados em embriões ou fetos humanos e realizados para fins de investigação. Também explicita que devem prevalecer os interesses e o bem-estar do indivíduo afetado pelo teste genético (artigo 3.º).

Seu artigo 4.º proíbe “qualquer forma de discriminação contra uma pessoa, enquanto indivíduo ou enquanto membro de um grupo, com base no seu patrimônio genético”, aduzindo que devam ser “adotadas medidas adequadas a fim de impedir a estigmatização de pessoas ou de grupos relacionada com características genéticas”.

⁹⁹⁸ Relevante assinalar que foram produzidos protocolos adicionais a esta Convenção. São eles:
- Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, que proíbe a clonagem de seres humanos, de 12 de janeiro de 1998, adotado em Portugal por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, DR I-A n.º 2, de 3/1/2001.
- Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina relativo à Transplantação de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, de 24 de janeiro de 2002, adotado por Portugal em 21/2/2002).
- Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina relativo à Investigação Biomédica, de 25 de janeiro de 2005, adotado em Portugal por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 29/2017, DR I, n.º 36, de 20/02/2017.
- Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina relativo a Testes Genéticos para fins de Saúde, de 27 de novembro de 2008, adotado em Portugal por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 272/2017.

Do mesmo modo, aborda o Protocolo a questão relacionada à informação, ao aconselhamento genético e consentimento livre e esclarecido (artigos 8.º, 9.º e 18). Veda, como regra geral, a realização de testes em menores de idade, somente podendo ser realizado em caso de o resultado ser a ele benéfico ou quando atingida a maioridade, exceto na hipótese de prejuízo a sua saúde (artigos 10 e 11).

Na mesma trilha de importância, necessário citar a Recomendação n.º 5, de 1.º de abril de 2015, do Conselho da Europa. Seu artigo 9.º, item 9.3 assevera: “Os dados genéticos não podem ser processados, por exemplo, para determinar a adequação profissional de um empregado ou um candidato a emprego, mesmo com o consentimento do titular dos dados”. Veja-se, outrossim, o artigo 16, que objetiva proteger os dados pessoais provenientes de testes genéticos, prevendo o direito de cada indivíduo de conhecer qualquer informação obtida sobre a sua saúde oriunda de teste genético, além do direito de ser respeitado o direito de não ser informado.

Ainda no contexto regional, faz-se referência à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, que, em seu artigo 3.º, item 2, prevê:

No domínio da Medicina e da Biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas, a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro, e a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Seu artigo 8.º assegura o direito de toda pessoa à proteção de dados de caráter pessoal, destacando os princípios que regem o tema, assim como os direitos advindos desse tratamento.

Por fim, em termos regionais, o 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, o qual revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – GPDR, na sigla em inglês), JO L 119 de 4/5/2016 ⁹⁹⁹.

⁹⁹⁹ Conforme explana a Comissão Europeia, esse Regulamento objetiva reforçar a proteção do direito fundamental dos indivíduos à proteção dos dados pessoais, refletindo a natureza da proteção de dados enquanto direito fundamental da União Europeia. Em seu considerando, de número 4, o Regulamento assinala que o tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas, advertindo que o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, devendo ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Pondera que se devem respeitar todos os direitos fundamentais e observar as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e de informação, a liberdade de empresa, o direito à ação e a um tribunal imparcial, e a

Releve-se que este rol não é exaustivo, como se percebe do item 4 do mesmo artigo. Salienta-se, outrossim, que o Regulamento especifica os institutos, apresentando as definições de dados genéticos, dados biométricos e dados relacionados à saúde do usuário¹⁰⁰⁰.

Especificamente com relação à América Latina, tem-se a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Direito, Bioética e Genoma Humano (Declaração de Manzanillo de 1996, revisada em Buenos Aires, em 1998, e em Santiago do Chile, em 2001)¹⁰⁰¹.

Assegura a Declaração o direito ao consentimento livre e informado, além do sigilo dos dados genéticos, que não podem ser revelados a terceiros, protegendo-se a privacidade e a intimidade das pessoas, ao passo em que descreve os princípios éticos que devem guiar as ações da genética médica¹⁰⁰².

Por derradeiro, proíbe a comercialização do corpo humano, suas partes e produtos, vedando o patenteamento do genoma ou de suas partes em seu estado natural.

diversidade cultural, religiosa e linguística.

Esse Documento registra que merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais. Verifica-se, no artigo 9.º, enumeração do que se considera como categoria especial dos dados pessoais, vedando-se o tratamento de dados pessoais “[...] que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”.

¹⁰⁰⁰ Artigo 4.º: “[...] 13) «Dados genéticos», os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa; 14) «Dados biométricos», dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos; 15) «Dados relativos à saúde», dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde [...]”. p

¹⁰⁰¹ Consolidada a partir da reflexão sobre as diversas implicâncias do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana, os participantes dos Encontros sobre Direito, Bioética e Genoma Humano consideram que as atividades relativas ao genoma humano devem levar em conta a dignidade, a identidade e a integridade humana e os direitos humanos afirmados nos documentos jurídicos internacionais. Consagra o princípio da solidariedade entre os povos, ao assentar o respeito à cultura, às tradições e aos valores próprios, defendendo que os países mais desenvolvidos possam propiciar o desenvolvimento científico e tecnológico dos países não ricos.

¹⁰⁰² São eles: “Parágrafo Quarto: a) a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas como parte do direito à saúde, para que possam contribuir a aliviar o sofrimento que elas ocasionam nos indivíduos afetados e em seus familiares; b) a igualdade no acesso aos serviços de acordo com as necessidades do paciente independentemente de sua capacidade econômica; c) a liberdade no acesso aos serviços, a ausência de coação em sua utilização e o consentimento informado baseado no assessoramento genético não-diretivo; d) as provas genéticas e as ações que derivem delas têm como objetivo o bem-estar e a saúde da pessoa, sem que possam ser utilizadas para imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias, nem para a satisfação de requerimentos de terceiros; e) o respeito à autonomia de decisão dos indivíduos para realizar as ações que seguem aos resultados das provas genéticas, de acordo com as prescrições normativas de cada país; f) a informação genética individual é privativa da pessoa de quem provém e não pode ser revelada a terceiros sem seu expresso consentimento”.

5.2.2 Arcabouço legislativo e jurisprudência em diversos países

Passa-se a abordar a tutela jurídica produzida em alguns países sobre o tema objeto deste estudo.

5.2.2.1 Alemanha

Na Alemanha, foi aprovada a Lei sobre exames genéticos em seres humanos (Lei de Diagnóstico Genético – GenDG), em 31 de julho de 2009. Segundo seu § 1.º, busca-se determinar as condições para a realização do teste genético e impedir qualquer tipo de discriminação da pessoa em virtude do seu perfil genético.¹⁰⁰³

O § 2º da referida lei estabelece a sua área de aplicação

No que se refere à discriminação, a Lei é impositiva, ao estabelecer que ninguém poderá ser diferenciado em razão do resultado da investigação ou análise genética (§ 4.º, (1)), salientando que a obrigação de tratamento igual também se aplica a normas de direito público que visam à proteção de determinados grupos de pessoas.

Além disso, o Normativo alemão em exame apresenta critérios éticos, estabelecendo, na Seção 2, a reserva médica, pontuando que o “exame de diagnóstico genético só pode ser realizado por um médico e um teste genético preditivo somente por um especialista em genética humana ou por outros médicos que obtêm um título de especialista” (§ 7.º, 1).

Em relação ao campo laboral, a Norma assenta (§ 21) estabelece o dever dos empregadores em não discriminar os empregados, seja na criação de emprego, promoção, instrução ou término em razão de suas características genéticas.

Quanto à investigação genética na vida profissional, a Lei indica permissões e proibições, e o § 19 veda que o empregador possa exigir a realização de exames ou análises genéticas ou a comunicação dos resultados dos exames já realizados, bem como aceitar ou usar tais resultados.

Importa salientar que o § 20 flexibiliza a regra impeditiva, pois autoriza a realização de exames preventivos genéticos no âmbito laboral que tenham a finalidade de diagnósticos. Condiciona-o a casos em que forem necessários os exames para verificar qualidades genéticas que são causadoras ou cocausadoras de graves adoecimentos ou graves transtornos da saúde que possam surgir em um emprego, em determinado local de trabalho ou por conta de determinada atividade.

¹⁰⁰³ Anexo I. Legislação. Alemanha. Lei de Diagnóstico Genético – GenDG, 31/07/2009.

Como se nota, em conformidade com o que expressa Albany Leite Ossege¹⁰⁰⁴, a Lei alemã restringe a realização de mapeamento genético para a finalidade laboral, orientando-se na proteção do trabalhador, diante do risco de abuso ou do uso indevido de suas informações genéticas. Comunga-se com a autora, pois, de facto, esta Lei alinha-se com os valores fundamentais humanos, o que a torna instrumento normativo e ético de extrema relevância global.

Francisco Vieira Lima Neto reforça que o ordenamento jurídico alemão se vocaciona para a vedação de coisificação do ser humano, fundado que está no valor da dignidade da pessoa humana, princípio, inclusive, insculpido no texto constitucional. O autor, como exemplo dessa premissa, aponta para a Lei de Proteção do Embrião (Lei n.º 745/1990)¹⁰⁰⁵.

Acrescenta-se que o Tribunal Administrativo de Darmstadt, Hessen, 2004, recusou a exigência de teste genético para que uma professora pudesse ser contratada para um trabalho permanente. Conforme regista o Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho¹⁰⁰⁶:

Uma jovem professora foi examinada pelo médico de medicina do trabalho e veio a saber que se encontrava com perfeita saúde. Mas em resposta a perguntas sobre a história clínica da sua família, indicou que o seu pai sofria de doença de Huntington. Recusou a realização de testes genéticos. As autoridades educativas não lhe concederam um emprego permanente na função pública alemã com base no seu relatório médico. A professora contestou depois, com sucesso, a decisão no Tribunal Administrativo.

5.2.2.2 Argentina

Na Argentina, Buenos Aires, vigia a Lei n.º 421, de 27 de junho de 2000, a qual proibia a realização de testes genéticos no âmbito das relações de trabalho, em empresas de medicina privada e em seguradoras, bem como vedava a divulgação de informações

¹⁰⁰⁴ OSSEGE, Albany Leite - **Bioética e novas fronteiras: mapeamento genético em trabalhadores**. [Em linha]. Tese (Doutoramento em bioética). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. 2018. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/32771/1/2018_AlbanyleiteOssege.pdf.

¹⁰⁰⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 137-138. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰⁰⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Igualdade no trabalho: Enfrentar os desafios. **Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho**. [Em linha]. Conferência Internacional do Trabalho 96.ª Sessão 2007. Relatório I(B). Genebra. p. 54. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665540.pdf.

genéticas a terceiros¹⁰⁰⁷. Esta Lei, porém, foi revogada pela Lei n.º 712, de 29 de novembro de 2001, que desautoriza a prática de qualquer discriminação que tenha origem em informações genéticas ou serviços genéticos, garantindo “o direito à dignidade, identidade e integridade de todas as pessoas em relação ao seu patrimônio genético”. A atual Lei autoriza que profissionais de saúde tratem pacientes em casos em que são necessários estudos genéticos de qualquer tipo (artigo 4.º), estabelecendo, porém, a possibilidade de divulgação da informação genética da pessoa, quando autorizado pela parte interessada ou por ordem judicial (artigo 5.º).

Relacionado ao tema desenvolvido neste trabalho, interessa o conteúdo do artigo 9.º, no sentido de constituir prática ilegal a não contratação ou demissão em decorrência das informações genéticas do trabalhador, bem como membros de sua família, aplicando-se igual raciocínio para a classificação ou privação de oportunidades de emprego, bem como a solicitação de informações genéticas.¹⁰⁰⁸

Perceba-se que a vedação enunciada, assim como em outras aqui relacionadas, prevê regra de exceção, a qual possibilita o empregador ter acesso às informações genéticas do empregado, nos casos em que for por ele permitido e quando houver autorização judicial (artigo 12).

Como se percebe, a legislação em exame repudia a realização de testes genéticos ocupacionais, vale dizer, em qualquer fase do contrato de trabalho, além de que estipula que o empregador nem sequer está autorizado a solicitar informações de tal cunho, a não ser nos casos excetivos citados. Vislumbra-se que a norma se coaduna com a tutela da personalidade humana, o que se reforça quando ela própria adota, como programa para a regulação e interpretação das condutas relacionadas às pesquisas sobre genoma humano e suas aplicações, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, de 1997, cujo texto integra seu Anexo I (artigo 15.º).

5.2.2.3 Áustria

Na Áustria, colhe-se a existência de um único normativo, denominada Lei de Técnicas Genéticas, de 12 de julho de 1994, cujo artigo 71 obriga a manutenção de sigilo dos dados obtidos em testes genéticos, limitando-se seu conhecimento à pessoa analisada, quando ela os solicitar ou quando o exame revelar interesse clínico imediato, ficando condicionada a

¹⁰⁰⁷ LIMA NETO, Francisco Vieira - **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**, p. 142. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰⁰⁸ Anexo I. Legislação. Argentina. Lei n.º 712, de 29/11/2001.

divulgação à prévia comunicação daquele que se submeteu ao exame¹⁰⁰⁹. Compreende-se, assim como Francisco Vieira Lima Neto, que esta Lei tutela a privacidade genética e assegura a não ocorrência de discriminação genética, pois apenas o paciente pode escolher quem verá o resultado de seu teste preditivo¹⁰¹⁰.

5.2.2.4 Espanha

Na Espanha, a Constituição Espanhola, em seu artigo 14, veda qualquer ato discriminatório que tenha por fundamento o nascimento, a raça, o sexo, a religião, a opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social. Leciona que a Lei n.º 41/2002, que trata da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, proíbe, ainda que implicitamente, a discriminação em razão do genoma humano, ao prever o respeito à dignidade da pessoa humana, à autonomia da vontade e à intimidade do paciente¹⁰¹¹.

Cabe citar-se, ainda, a Lei n.º 11/2007, de 26 de novembro, que regulamenta o direito ao aconselhamento genético, visando à proteção dos direitos das pessoas submetidas à análise genética, tanto para fins de saúde quanto para pesquisa biomédica, bem como à proteção dos bancos de ADN humano na Andaluzia¹⁰¹².

Seu artigo 20 assegura proteção a pessoas que se prestam à análise genética para fins de pesquisa biomédica¹⁰¹³; os artigos seguintes tratam do consentimento informado

¹⁰⁰⁹ CASABONA, Carlos *apud* LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 136. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰¹⁰ LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 136. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰¹¹ LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 134-135. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁰¹² Nessa Lei, o Capítulo II cuida da “Análise genética para fins de saúde” e o Capítulo III, da “Análise genética para fins de pesquisa biomédica”. Nele, interessa notar o conteúdo do artigo 18, que trata dos “Objetivos da pesquisa biomédica em genética humana”. Segundo se colhe: “As aplicações da pesquisa biomédica em genética humana só podem ter como objetivo garantir a saúde das pessoas ou, na sua falta, melhorar sua qualidade de vida e prevenir o aparecimento de doenças”.

O artigo 19.1 estabelece que o desenvolvimento de um projeto de pesquisa em genética humana deve contar com obrigatoria autorização “do Ministério responsável pela saúde e o relatório favorável da Comissão Autônoma de Ética e Pesquisa em Saúde”, determinando o item 2 desse dispositivo: “A comissão pode estabelecer os casos em que, por razões de proteção especial, os dados e / ou amostras biológicas devem ser codificados”.

¹⁰¹³ Tal artigo define: A análise genética para fins de pesquisa biomédica só pode ser realizada quando as seguintes condições forem atendidas:

- a) Que não exista um método alternativo para pesquisar com seres humanos de eficácia comparável.
- b) Que os riscos que possam ser causados à pessoa não sejam desproporcionais com relação aos benefícios potenciais da investigação.

para a realização de análises genéticas para as variadas finalidades, assim como o direito do examinado a obter informação prévia para consentir¹⁰¹⁴.

5.2.2.5 França

No âmbito francês, a França criou, em 1983, um organismo nacional – Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde (CCNE), cuja missão é o fornecimento de “pareceres sobre os problemas éticos levantados pelos progressos do conhecimento dos domínios da biologia, da medicina e da saúde e publicar recomendações sobre este assunto”¹⁰¹⁵. Em 1991, este Comitê recomendou que fossem proibidos acessos por terceiros, como empregadores, aos dados genéticos de trabalhadores, bem como solicitar aos próprios interessados a produção de tais informações¹⁰¹⁶. Percebe-se que o tema foi abordado naquele país em época anterior à publicação do Projeto Genoma Humano.

Vale acentuar que o Código Civil francês expressa a proibição de discriminação genética. Inserido em seu Capítulo II (Respeito pelo Corpo Humano), o artigo 16, § 13, dispõe que ninguém pode ser discriminado em razão de suas características genéticas. Por sua vez, o artigo 16-4 do Código Civil, com a redação modificada pela Lei n.º 2004-800, de 6 de agosto 2004, que trata de questão afeta à Bioética, obsta a prática eugênica que tenha por objetivo organizar a seleção das pessoas. Todavia, ela abre a possibilidade de mapeamento genético, quando realizado para a pesquisa, prevenção e para o tratamento de doenças genéticas.

Assinala-se que a referida Lei n.º 2004-800 também modificou o artigo 16-10 do Código Civil francês, determinando que o exame de características genéticas pode ser realizado em três hipóteses: por razões médicas, para investigação científica e para investigação de filiação em ação judicial. O preceito, ainda, submete o mapeamento genético

c) Que a pessoa que se presta à realização da análise genética seja informada sobre seus direitos e sobre as garantias que a Lei prevê para sua proteção.

d) Que a pessoa tenha dado o seu consentimento informado em documento escrito, nos termos do artigo 22 desta Lei.

e) Que o projeto de pesquisa tenha sido autorizado de acordo com o disposto no artigo 19.

¹⁰¹⁴ Anexo I. Legislação. Espanha. Lei n.º 11, de 26/11/2007.

¹⁰¹⁵ DURAND, Guy - **Introdução Geral à Bioética**: História, conceitos e instrumentos. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário, p. 360. São Paulo: Loyola, 1999.

¹⁰¹⁶ FRANÇA. Legifrance.gouv.fr. Comité Consultatif National D'éthique Pour Les Sciences de La Vie et de La Santé. **Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population**. (Problèmes des "banques" de l'ADN, des "banques" de cellules et de l'informatisation des données). [Em linha]. (Tradução própria: Parecer sobre a aplicação de testes genéticos em estudos individuais, estudos familiares e estudos populacionais. (Problemas relacionados a "bancos de ADN", "bancos de células" e informatização de dados). (1991/6/24). [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis025.pdf>.

ao consentimento expresso da pessoa, antes da conclusão do exame e depois de ela ter sido informada sobre a natureza e sua finalidade, podendo este consentimento ser revogado a qualquer momento¹⁰¹⁷.

Pontue-se que passou a vigor na França nova Lei de Bioética, datada de 7 de julho de 2011. A Lei n.º 2011-814 autoriza a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano no que diz respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina (artigo 1)¹⁰¹⁸.

Verifica-se que esta regra não autoriza que nenhuma outra empresa, inclusive de natureza pública, possa fazer mapeamento genético. Além disso, colhe-se que o teste genético somente pode ser realizado dentro de um “relacionamento médico”.

Também vale notar que o Código Penal francês pune a realização de exame das características genéticas de uma pessoa, que não seja para a finalidade médica ou de pesquisa científica e, mesmo assim, sem que se tenha obtido previamente o seu consentimento nas condições previstas pelo Código Civil (artigo 226-25).

Constata-se que a legislação francesa não contém legislação específica sobre o mapeamento genético de trabalhadores. Mas não se duvida que seu ordenamento jurídico se coaduna com a dignidade humana e, portanto, insere na qualidade de cidadão, também, o trabalhador.

5.2.2.6 Suécia

Quanto ao tratamento jurídico do exame genético na Suécia, Alexandre Valle Piovesan e Raphael Miziara¹⁰¹⁹ de forma sucinta, mas precisa, destacam que, naquele país, “[...] a legislação exige que testes genéticos só podem ocorrer se tiverem um objetivo médico ou servirem a um propósito de pesquisa”.

¹⁰¹⁷ Anexo I. Legislação. França. Código Civil.

¹⁰¹⁸ Afirmam Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinger que essa Lei introduz normas no Código de Saúde Pública francês, partindo da perspectiva dos direitos da pessoa, o qual proíbe que uma pessoa, fora das condições previstas, solicite a realização de teste genético para si mesma ou para terceiros, mesmo para identificação de seu perfil de ADN.

Acrescentam as autoras que essa lei francesa reforça as condições que devem ser cumpridas pelos laboratórios que realizam testes genéticos, acrescentando ao Código de Saúde Pública do país o artigo L. 1131-2-1, o qual especifica que o estudo das características genéticas de uma pessoa ou a identificação de uma pessoa pelo seu perfil de ADN só pode ser realizado por laboratórios credenciados e autorizados. (In FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 177-178. São Paulo: Ltr, 2016).

¹⁰¹⁹ PIOVESAN, Alexandre Valle; MIZIARA, Raphael - O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral/1>.

5.2.2.7 Suíça

A Constituição Federal da Confederação Suíça destina um artigo acerca da “Medicina de reprodução humana e engenharia genética nos seres humanos” e tem como regra expressa que o ser humano e o ambiente em que ele vive estão protegidos contra os abusos da tecnologia genética e da reprodução¹⁰²⁰.

Cabe salientar a Lei Federal de Análise da Genética Humana, de 8 de outubro de 2004. Em consonância com o art. 119, 2, constitucional citado, este Ato regula que a análise genética em pessoa somente pode ser realizada para fins médicos e com direito à autodeterminação e, em particular, dispõe que “a população deve ser protegida contra ameaças decorrentes de um novo mercado não controlado”. Estabelece o Normativo as condições em que os testes genéticos humanos podem ser realizados nas áreas (a) de medicina, (b) de trabalho, (c) de seguros e (d) de responsabilidade civil (artigo 1). Segundo seu artigo 2, o objetivo da Lei é “a. garantir a proteção da dignidade e personalidade humanas; b. impedir análises genéticas abusivas e uso indevido de dados genéticos; c. garantir a qualidade das análises genéticas e a interpretação de seus resultados”.

Na linha de normativos internacionais, assegura a Lei o direito de a pessoa “se recusar a tomar conhecimento de informações relacionadas à sua herança genética” (artigo 6), estando os dados genéticos sujeitos ao sigilo profissional, conforme os artigos “321 e 321 bis do Código Penal” daquele país (artigo 7).

¹⁰²⁰ O item 2 do artigo 119 prevê que esse dispositivo constitucional tem por objetivo assegurar a proteção da dignidade do homem, da personalidade e da família, devendo se atentar para os seguintes princípios:

- a. Todas as formas de clonagem e intervenções no patrimônio genético das células embrionárias e embriões humanos são inadmissíveis.
- b. Nenhum material embrionário ou genético não-humano pode ser inserido em material embrionário humano nem fusionado com o mesmo.
- c. Os processos da procriação medicamente assistida somente devem ser aplicados se a infertilidade ou o risco de contágio de uma doença grave não podem ser solucionados de forma diferente, mas não para obter determinadas características na criança, nem para realizar pesquisas; a fecundação de óvulos humanos, fora do corpo da mulher, admite-se somente nas condições determinadas por lei; admite-se desenvolver, fora do corpo da mulher, até o estado de embrião somente o número de óvulos humanos que puder ser imediatamente implantado.
- d. A doação de embriões e todos os tipos de maternidade emprestada são inadmissíveis.
- e. Não se admite comercializar células embrionárias humanas nem produtos de embriões.
- f. O patrimônio genético de uma pessoa somente pode ser examinado, registrado ou revelado se a referida pessoa concordar ou se a lei assim o determinar.
- g. Todos têm acesso aos dados de sua ascendência.

Por sua vez, o art. 120 trata da engenharia genética no âmbito não-humano:

1. O homem e seu ambiente são protegidos dos abusos da engenharia genética.
2. A Confederação prescreve disposições sobre a manipulação com material embrionário e genético de animais, plantas e outros organismos. Para isso, ela leva em conta a dignidade da criatura, assim como a segurança do homem, dos animais e do meio ambiente e protege a variedade genética das espécies de animais e vegetais.

A Norma ressalta que a análise citogenética ou molecular somente pode ser feita com “autorização da autoridade federal competente” (artigo 8.1), a qual será designada pelo Conselho Federal e apenas prescrita por “um médico autorizado” e após “aconselhamento genético” gravado (artigo 13.3 c/c artigo 14.1). O artigo 18 assenta que a pessoa pode decidir livremente se deseja conhecer os resultados da análise (item 1, b), estatuidando: “O médico deve comunicar imediatamente os resultados da análise à pessoa em questão, se notar um perigo físico iminente para o embrião ou o feto, o que pode ser descartado” (item 2).

Assegura ainda o artigo 19.3 que se a pessoa se recusar ao consentimento o médico poderá solicitar à autoridade competente a dispensa do sigilo profissional e comunicar o resultado ao cônjuge ou a outro membro da família.

A Lei apresenta proteção ao trabalhador nesse campo na Seção 4, intitulada “Análises genéticas no campo das relações de trabalho”, expondo o artigo 21 o princípio de que no curso da relação de emprego o empregador ou seu consultor médico não pode solicitar análise genética pré sintomática, tomar conhecimento ou utilizar-se dos resultados de exames já realizados.

Os artigos 5º, 22 e 23 tratam do livre consentimento e das exceções à regra geral, contemplando-se entre elas o interesse público, o risco ao meio ambiente de trabalho ou à saúde de outrem.¹⁰²¹

O empregador, de acordo com o artigo 24, somente será comunicado dos resultados, caso tenha relação com a atividade do trabalhador.

5.2.3 O tratamento da informação genética nos Estados Unidos da América

5.2.3.1 Histórico

A história do combate à discriminação genética nos Estados Unidos da América é precedida de lamentáveis episódios da prática de eugenia, que ocorreram do início até a metade do século XX.

Laura Rivard¹⁰²² relata que, no início dos anos 1900, o movimento eugênico se enraizou nos EUA, liderado pelo proeminente biólogo Charles Davenport e por Harry Laughlin. Em 1910, Davenport fundou o *Eugenics Record Office (ERO)*, no *Cold Spring*

¹⁰²¹ Anexo. Legislação. Suíça. Lei de Análise da Genética Humana, de 08/10/2004.

¹⁰²² RIVARD, Laura - **America's Hidden History: The Eugenics Movement**. [Em linha]. SCITABLE. Genetics Generation. [Consult. 6 Out. 2019]. Disponível em <https://www.nature.com/scitable/forums/genetics-generation/america-s-hidden-history-the-eugenics-movement-123919444>.

Habor Laboratory, em Long Island, do qual Laughlin foi o primeiro Diretor. O objetivo dessa instituição era “melhorar as qualidades naturais, físicas, mentais e temperamentais da família humana”. Os pesquisadores do ERO – que permaneceu ativo durante três décadas – coletaram diversos dados, que descreviam a herança genética, os denominados traços indesejáveis, alusivos ao pauperismo, a deficiência mental, o nanismo, a promiscuidade e a criminalidade.

A eugenia, segundo a mesma autora, atingiu seu auge nos anos 20 e 30 do século XX, extrapolou o meio acadêmico e tornou-se um movimento social popular, inclusive com a fundação de diversas sociedades locais, entre elas a *American Eugenics Society*, cujos membros promoviam, em feiras e exposições, competições de “família apta” e “melhor bebê”. À época, filmes e livros propagavam os populares princípios eugênicos. Um filme baseado em uma história verídica (*The Black Stork*), em 1917, descreveu como “heroico” um médico que, após convencer os pais, permitiu que uma criança sífilítica morresse, ao argumento de que era melhor poupar a sociedade de mais um pária. Enquanto na Inglaterra Francis Galton promovia a eugenia por meio da reprodução seletiva de características genéticas positivas, nos EUA, buscou-se a eliminação dos traços negativos, que se concentravam em populações pobres, sem instrução e minoritárias.

Prossegue Rivard com o seu relato, aduzindo que, na tentativa de impedir a propagação dos grupos possuidores de traços genéticos negativos, os eugenistas colaboraram na elaboração de leis que permitiam a esterilização forçada. Indiana, em 1907, foi o primeiro Estado americano a promulgar uma lei de esterilização, seguido pela Califórnia. Em 1931, essas leis vigoravam em 28 Estados, o que acarretou a esterilização forçada de mais de 64.000 pessoas. Inicialmente a esterilização se dava entre os deficientes físicos, mas se estendeu para incluir pessoas cujo único “crime” era a pobreza.

Referidos fatos encontram eco no estudo desenvolvido pela professora de história da medicina da Universidade de Michigan, Alexandra Minna Stern, e pela estudante de pós-graduação em instituições psiquiátricas da Califórnia, Natalie Lira¹⁰²³. O citado estudo revelou que, no século XX, milhares de pessoas foram esterilizadas em instituições psiquiátricas dos EUA, e, em muitos casos, contra a vontade de seus familiares. Ressalte-se que este procedimento encontrava respaldo nas leis de eugenia vigentes à época e tudo isso, em nome da saúde pública e de uma possível melhoria da raça. Estima-se que, nos anos 70,

¹⁰²³ GONZÁLEZ, Jaime - Investigação revela história secreta de esterilização de latinos nos Estados Unidos. **BBC** - News Brasil. [Em linha]. [Consult 12 Out. 2019]. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130711_esterelizacao_secretas_latinos_an.

mais de 60 mil esterilizações ocorreram em todo o país, e a população latino-americana foi submetida a esses procedimentos em nível “desproporcionalmente elevado”.

Os programas de esterilização, respaldados pelas legislações então vigentes, encontraram apoio jurisprudencial no Supremo Tribunal. Adam Cohen, em sua consagrada obra *Imbeciles*¹⁰²⁴, relata a decisão em que a Suprema Corte, em 1927 (caso *Buck vs Bell*), autorizou, por 8 votos favoráveis e 1 contrário¹⁰²⁵, a esterilização de Carrie Buck, que nasceu em uma família pobre em Charlottesville – Virgínia (acolhida por uma família adotiva), por alegação de promiscuidade, em razão de ter dado à luz a uma criança fora do casamento (segundo alguns, a gravidez decorreu de estupro). Ao decidir contra ela, o Juiz da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes, considerado por muitos o maior juiz da Suprema Corte na história, ao fundamentar o seu voto – que foi seguido por mais sete Juízes¹⁰²⁶ –, afirmou: “É melhor para todo o mundo, se em vez de esperar para executar filhos degenerados por crime, ou deixá-los passar fome por imbecilidade, a sociedade pode impedir aqueles que são manifestamente incapazes de continuar sua espécie... três gerações de imbecis são suficientes”.

¹⁰²⁴ COHEN, Adam - **IMBECILES**: the Supreme Court, American eugenics, and the esterelization of Carrie Buck. New York: Penguin Press, 2016.

A referida obra relata a luta de uma jovem desamparada contra poderosos cientistas, advogados e juízes que acreditavam que medidas eugênicas elevariam a raça humana e eram necessárias para salvar a nação de ser povoada por incompetentes. O Congresso americano abraçou essa ideia, promulgando as primeiras leis destinadas a impedir a imigração de italianos, judeus e outros grupos acusados de serem geneticamente inferiores.

Cientistas influentes e políticos estavam procurando por um "caso de teste" para determinar se a nova lei de esterilização eugênica da Virgínia poderia resistir a um desafio legal. Segundo Adam Cohen, o Juiz Holmes, um descendente de várias proeminentes famílias de brâmanes de Boston, que foi criado para acreditar na superioridade de suas próprias linhagens, proferiu um voto viciado e assustador, pois, além de determinar a esterilização de Carrie Buck (que posteriormente foi enviada a uma Colônia para epiléticos), também implorava à nação que esterilizasse muito mais. Holmes conseguiu o que queria e, antes que a loucura acabasse, cerca de sessenta a setenta mil americanos foram esterilizados.

¹⁰²⁵ O único voto divergente foi de autoria do Juiz Pierce Butler, que o proferiu oralmente, mas nunca apresentou as razões por escrito. Butler, um dos magistrados mais conservadores, era o único Juiz católico da Suprema Corte. Os católicos eram o único grupo contrário à esterilização eugênica e foram decisivos nessa luta. Portanto, o apoio católico que levou Butler à Suprema Corte simbolizou que ele não estava sozinho em seu voto contrário à esterilização no Estado da Virgínia. Por volta de 1916, os teólogos católicos americanos, liderados por John Ryan, começaram a discutir a questão da eugenia. Segundo Ryan: “A Igreja sempre julga mais importante o lado espiritual e moral dos indivíduos e das instituições do que os seus aspectos físicos e consequenciais”. Uma das razões para que os católicos não apoiassem a eugenia foi que os defensores dessa ideia (em sua grande maioria protestantes) entendiam que os católicos não deveriam reproduzir. Em 1924, quando se discutia a lei de imigração, muitos eugenistas acreditavam que os católicos eram uma ameaça ao material genético nacional, pois os protestantes do norte europeu eram mais necessários que os católicos à colonização americana. (In COHEN, Adam - **IMBECILES**: the Supreme Court, American eugenics, and the esterelization of Carrie Buck, p. 278/280. New York: Penguin Press, 2016).

¹⁰²⁶ Entre eles William Howard Taft, ex-presidente dos Estados Unidos e Louis Brandeis, considerado um ícone progressista, mas que, de forma surpreendente, acompanhou o voto vencedor proferido pelo Juiz Holmes.

Ainda segundo Laura Rivard¹⁰²⁷, o programa de esterilização da Califórnia era tão consistente que os nazistas para lá se voltaram, em busca de conselhos para aperfeiçoar suas nefastas práticas, a ponto de Hitler admitir orgulhosamente que seguiu as leis de vários Estados americanos que permitiam a não reprodução de pessoas inaptas. Na década de 1940, o movimento eugenista começou a perder forças, vindo a ser desacreditado após os horrores da Alemanha nazista. Todavia, adverte Rivard, não obstante os avanços modernos dos testes genéticos, ainda assim é importante manter a história da eugenia americana em mente.

No início da década de 1980, a União Americana pelas Liberdades Civis – ACLU já externava sua preocupação com a questão das informações genéticas nas relações de trabalho. Na oportunidade, destacou que o teste genético no local de trabalho estava em ascensão. Revelou que, em 1982, pesquisa do Governo Federal constatou que 1,6% das empresas que responderam à pesquisa confirmaram que realizavam testes genéticos para fins de emprego. Em outra pesquisa similar, em 1997, conduzida pela *American Management Association*, constatou que entre 6 a 10% dos empregadores estavam realizando testes genéticos. Ressalta, ainda, que houve muitos casos documentados de discriminação genética. Outra pesquisa, realizada com quase 1.000 pessoas que se encontravam em risco de condições genéticas, identificou que mais de 22% dos entrevistados haviam sido vítima de discriminação com base em seu *status* de risco. Este quadro levou o Departamento de Trabalho dos EUA a considerar que a informação genética era uma questão muito séria no local de trabalho¹⁰²⁸.

O Projeto do Genoma Humano ainda estava em andamento quando, na década de 1990, a legislação sobre discriminação genética foi introduzida pela primeira vez nos EUA. O desafio dos cientistas era assegurar aos voluntários que doar o ADN não teria como consequência o risco do aumento dos valores dos planos de saúde, se os exames acusassem um gene indicador de doença séria, como um câncer de mama, por exemplo.

Em 1997, um grupo de organizações de pacientes de direitos civis se uniu para formar a *Coalition for Genetic Fairness*, visando pressionar o governo para a edição de uma lei contra a discriminação genética. No início dos anos 2000, vários projetos de lei pertinentes ao assunto foram apresentados ao Congresso, mas não prosperaram.

¹⁰²⁷ RIVARD, Laura. SCITABLE - Genetics Generation. **America's Hidden History: The Eugenics Movement**. [Em linha]. [Consult. 6 Out. 2019]. Disponível em <https://www.nature.com/scitable/forums/genetics-generation/america-s-hidden-history-the-eugenics-movement-123919444>.

¹⁰²⁸ ACLU - American Civil Liberties Union. **Genetic discrimination in the workplace factsheet**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.aclu.org/other/genetic-discrimination-workplace-factsheet#fn5>.

Lisa Guerin e Amy DelPolo¹⁰²⁹ informam que, desde o mês de fevereiro de 2000, há normativo federal que trata da proteção à discriminação pelo uso das informações genéticas. Este normativo é a Ordem Executiva n.º 1345, de 8/2/2000, assinada pelo Presidente dos EUA, Bill Clinton, proibindo a discriminação no âmbito da administração pública federal, com base nas informações genéticas¹⁰³⁰. A referida proteção à informação genética se aplica aos testes genéticos dos funcionários em exercício, dos candidatos ao emprego e dos ex-funcionários, bem como aos seus respectivos familiares. As garantias emanadas dessa Ordem Executiva se referem à contratação, demissão e qualquer condição que diga respeito ao trabalho.

Em estudo publicado no mês de janeiro de 2001, o *Council for Responsible Genetics – CRG*¹⁰³¹ confirmou a existência de inúmeros casos de discriminação genética documentados por pesquisadores. Entre eles, o da assistente social Kim, que prestava serviços em uma grande agência de serviços humanos. Durante um treinamento da equipe, ela mencionou que era a principal cuidadora de sua mãe, que morreu de doença de Huntington¹⁰³². Uma semana após revelar o seu *status* de risco, Kim foi demitida do seu emprego, apesar de, meses antes, haver recebido excelentes avaliações de desempenho. O mesmo documento também cita o caso de Mary, que possuía um histórico familiar de câncer de mama. Ela se preocupava com o futuro de sua saúde e cogitou realizar o teste para BRCA-1 (um gene associado a algumas formas de câncer de mama), mas decidiu não o realizar, pois temia que um resultado positivo comprometesse suas chances de promoção no escritório de advocacia

¹⁰²⁹ GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 236. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016.

¹⁰³⁰ EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **Ordem Executiva 13145**. Para proibir a discriminação no emprego federal com base em discriminação genética. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/13145.html>.

¹⁰³¹ O Conselho para Genética Responsável (CRG) é uma organização nacional de defesa da bioética, sediada em Cambridge, Massachusetts. Sua missão é educar o público sobre as implicações éticas das novas tecnologias genéticas e defender o uso socialmente responsável dessas tecnologias. Um dos seus principais objetivos é documentar casos de discriminação que ocorrem como resultado de informações genéticas preditivas. Também mantém informações sobre os esforços legislativos estaduais destinados a promulgar proteções contra a discriminação genética nas áreas de emprego e seguro. (In CRG Council for Responsible Genetics - Genetics discrimination. **A position paper presented by the council for responsible genetics**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/viewpage.aspx?pageid=85>).

¹⁰³² Doença hereditária degenerativa, ou seja, herdada geneticamente e progressiva, que afeta o sistema nervoso central cujos sintomas são causados pela perda de células em uma parte do cérebro. Ainda não existe cura ou tratamento eficaz para essa enfermidade. Esse dano cerebral afeta as capacidades motoras, cognitivas (pensamento, julgamento e memória) e psiquiátricas (humor e equilíbrio emocional, entre outros). A referida doença atinge homens e mulheres de todas as raças e grupos étnicos e os seus primeiros sintomas aparecem majoritariamente entre os 30 e 50 anos. Filhos que tenham um dos pais com essa doença têm 50% de chance de herdar o gene alterado e desenvolverão a doença, em algum momento de sua vida. (In ABH - Associação Brasil Huntington. **O que é a doença de Huntington**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://abh.org.br/o-que-e-doenca-de-huntington/>).

em que trabalhava. Ressalta ainda o referido estudo que casos como esses começaram a contar a história da discriminação genética. Mas eles são apenas alguns, das centenas de casos que foram documentados.

Finalmente, em 2008, a Lei de Não Discriminação da Informação Genética – GINA (*Genetic Information Nondiscrimination Act*), cuja tramitação e discussão perduraram por 13 anos, foi aprovada e sancionada pelo Presidente George Bush, em 21/5/2008, para vigorar a partir de 21/11/2009¹⁰³³.

5.2.3.2 Tutela de proteção à igualdade de oportunidades

5.2.3.2.1 Lei federal de não discriminação da informação genética – GINA

Em 1995, a Deputada Louise Slaughter (D-NY) e a Senadora Olympia Snowe (R-ME) apresentaram ao Congresso dos EUA o primeiro projeto de lei federal que limita a discriminação genética no seguro saúde. A previsão inicial foi que o referido projeto, inspirado no Projeto do Genoma Humano diminuiria o receio público de discriminação genética, promovendo a participação do público nas pesquisas médicas. O projeto inicial não foi aprovado, nem na Câmara de Representantes, nem no Senado.

Após 13 anos de esforços legislativos e com diversas alterações, inclusive a inserção da proteção das informações genéticas nas relações de trabalho, o projeto foi aprovado, com amplo apoio bipartidário (na Câmara, obteve 414 votos favoráveis e 1 contra e, no Senado, alcançou a unanimidade dos votos dos 95 Senadores presentes) e sancionado pelo Presidente George W. Bush em 21 de maio de 2008, para vigorar a partir de 21 de novembro de 2009¹⁰³⁴, conforme prevê a Seção 213, do Título II da referida lei. A *Genetic Information Nondiscrimination Act – GINA* (Lei de Não Discriminação da Informação Genética) é a principal lei federal dos EUA sobre a tutela da discriminação genética.

Nas discussões no Congresso americano alusivas à amplitude de proteção da GINA, um dos pontos de discórdia foi acerca da não discriminação quanto à cobertura dos seguros de vida, prevalecendo ao final apoio político apenas para a aplicação dessas garantias não discriminatórias ao seguro saúde e às relações de emprego. O resultado é que hoje as empresas de seguro de vida podem negar legalmente os pedidos de compra de seguro, com base nos testes genéticos.

¹⁰³³ ZANG, Sarah - **The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination**. [Em linha]. SCRIBD. The Atlantic. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/article/341821395/The-Loopholes-In-The-Law-Prohibiting-Genetic-Discrimination-1/>.

¹⁰³⁴ NIH-National Human Genome Research Institute. **Discriminação Genética**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genetic-Discrimination>.

Por ocasião da redação da GINA, o Congresso dos Estados Unidos da América reconheceu diversos acontecimentos e fatos históricos, denominados de “conclusões” no texto introdutório da lei. Essas questões embasaram os fundamentos legais que propiciaram a promulgação do referido diploma legal.

Aduziu-se que os novos conhecimentos sobre genética, embora permitam o desenvolvimento de melhores e mais eficazes terapias contra doenças ou com menos efeitos colaterais do que os tratamentos atuais, também dão origem ao uso indevido de potencial informação genética para discriminar em matéria de seguro de saúde ou de emprego.

Constatou-se que algumas características genéticas são mais prevalentes em grupos particulares, que podem ser estigmatizados ou discriminados como resultado dessa informação genética. Facto exemplificado e evidenciado na década de 1970, com o advento de programas para rastrear e identificar portadores de anemia falciforme, uma doença que aflige os afro-americanos. Como consequência, os Estados norte-americanos começaram a exigir a triagem genética de todos os afro-americanos para anemia falciforme, levando à discriminação por meio de legislação própria e ao medo desnecessário¹⁰³⁵.

Sustentou-se que a ciência genética permitiu a esterilização de seres humanos, por intermédio de leis estaduais (a primeira delas do Estado de Indiana em 1907), seguidas de outras, de tal sorte que em 1981 a maioria dos Estados adotou leis de esterilização “para ‘corrigir’ características ou tendências genéticas aparentes”. Portanto, em face da “atual explosão na ciência da genética e a história das leis de esterilização pelos Estados”, impunha-se a ação do Congresso nessa matéria.

Confirmou-se que o Congresso foi informado de factos de discriminação genética (triagem prévia a contratação) no local de trabalho, reunindo provas substanciais de que o público americano e a comunidade médica acham que a atual colcha de retalhos de leis estaduais e federais é confusa e inadequada para protegê-los do tratamento injustamente desigual. Portanto, fazia-se necessária uma legislação federal que estabelecesse um padrão

¹⁰³⁵ Segundo a Associação de Anemia Falciforme do Estado de São Paulo (Brasil), a alteração genética que determina essa doença é decorrente de uma mutação dos genes ocorrida há milhares de anos, predominantemente, no continente africano. Essa enfermidade, com prevalência média de 1 entre 380 nascidos vivos nos afrodescendentes nas Américas, é doença genética, incurável e com alta morbimortalidade. A característica principal da Anemia Falciforme é a deformação que causa na membrana dos glóbulos vermelhos do sangue. Já o “Traço Falciforme não é uma doença, significa que a pessoa herdou de um dos pais o gene para hemoglobina A e do outro, o gene para hemoglobina S, ou seja, ela é AS. As pessoas com Traço Falciforme são saudáveis e nunca desenvolvem a doença”. (In AAFESP - Associação de Anemia Falciforme do Estado de São Paulo. **O que é anemia falciforme.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2018]. Disponível em <https://www.aafesp.org.br/index.php/anemia-falciforme>).

básico, nacional e uniforme, destinada a proteger totalmente e a amenizar as preocupações da comunidade contra a discriminação de facto ou potencial¹⁰³⁶.

O Título II¹⁰³⁷ da mencionada Lei Federal trata da discriminação genética no emprego e afirma que é ilegal discriminar trabalhadores, sejam eles empregados ou candidatos ao emprego, por causa das respetivas informações genéticas. Este Título¹⁰³⁸ também veda o uso de informação genética na tomada de decisões nas relações de trabalho, proibindo os empregadores, as agências de emprego, as organizações trabalhistas e os programas conjuntos de treinamento e aprendizagem de mão de obra (definidos como “entidades cobertas”) de usar, exigir ou adquirir informações genéticas, limitando estritamente sua divulgação¹⁰³⁹.

Do exame da referida Lei, constata-se que a definição de informação genética compreende os testes genéticos¹⁰⁴⁰ de uma pessoa e dos membros da sua família até o quarto grau linear, dos respetivos cônjuges e filhos adotivos, bem como informações sobre a manifestação de uma doença ou distúrbio, ou seja, o histórico médico familiar¹⁰⁴¹. Isso porque se constatou que o mencionado histórico é usado para determinar se alguém tem um risco

¹⁰³⁶ EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **A lei de não discriminação da informação genética de 2008.** [Em linha]. [Consult 12 Mai. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>.

¹⁰³⁷ O Título I da GINA trata do uso da informação genética no seguro de saúde. Compete aos Departamentos de Trabalho, Saúde e Serviços Humanos e ao Tesouro a responsabilidade de emitir regulamentos para esse Título.

¹⁰³⁸ O Título II da GINA é aplicável aos empregadores que possuam 15 ou mais empregados e também aos governos federal, estaduais e locais, bem como às agências de emprego, organizações trabalhistas, programas conjuntos de treinamento e de aprendizagem de mão de obra. Segundo a Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA (EEOC), existem cerca de 782.000 empregadores com 15 ou mais empregados. Desse total, cerca de 764.233 são pequenas empresas (entidades com 15 a 500 empregados), segundo dados fornecidos pelo Escritório de Advocacia da Administração de Pequenos Negócios. (In FEDERAL REGISTER. National Archives. **Lei de não discriminação de informação genética.** [Em linha]. [Consult 22 Out. 2019]. Disponível em <https://www.federalregister.gov/documents/2016/05/17/2016-11557/genetic-information-nondiscrimination-act>).

¹⁰³⁹ A proibição de aquisição de informações genéticas não se aplica apenas aos trabalhadores, mas também aos membros da sua família, assim entendidos os dependentes e parentes de primeiro, segundo, terceiro e quarto graus, conforme as Seções 201 e 202 da GINA. (In EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **A lei de não discriminação da informação genética de 2008.** [Em linha]. [Consult 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>).

¹⁰⁴⁰ Análise humana do ADN, ARN, cromossomos, proteínas, metabólitos que detectam genótipos, mutações ou mudanças cromossômicas. (In GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws.** 5.^a ed. p. 237. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

¹⁰⁴¹ Entende-se por histórico médico familiar a informação sobre manifestação de doença ou desordem nos membros da família. Para os efeitos da GINA, não basta apenas a indicação dessa condição no teste genético. Assim, há necessidade de que esta doença, ou desordem seja ratificada por profissional da área de saúde, com treinamento e expertise no respetivo campo. Em outras palavras, se o diagnóstico é baseado somente na informação genética constante do teste, esta condição não é reconhecida pela GINA como manifestada na pessoa examinada. (In GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws.** 5.^a ed. p. 237. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

aumentado de contrair uma doença, distúrbio ou uma determinada condição física ou mental no futuro.

Ademais, as informações genéticas também incluem o pedido de uma pessoa ou o recebimento de serviços genéticos¹⁰⁴², ou a participação em pesquisa clínica que inclua serviços genéticos pela pessoa ou por um membro da sua família. Da mesma forma, também é considerada informação genética aquela alusiva a um feto portado por uma trabalhadora ou por mulher membro da família, ou de embrião legalmente mantido pela pessoa ou membro da família, usando uma tecnologia de reprodução assistida. Cabe ressaltar que, na citada informação, não hão de se incluir dados a respeito do sexo, idade, raça ou etnicidade do empregado ou qualquer membro da família.

Em consequência, a proibição de discriminação com base em informações genéticas incide sobre qualquer circunstância das relações de trabalho, incluindo a contratação, a demissão, o pagamento, as atribuições de tarefas alusivas ao trabalho, às promoções, o treinamento, os benefícios adicionais ou qualquer outro termo ou condição. Assim, o empregador não poderá usar informações genéticas para tomar qualquer decisão em relação ao trabalhador, considerando a GINA que esta informação é entendida como não relevante para revelar a capacidade de trabalho da pessoa.

A confidencialidade das informações genéticas também é assegurada pela GINA. Entende-se que é ilegal a divulgação dessas informações (recebidas por escrito ou verbais) pelos empregadores, agências de emprego, organizações trabalhistas e programas conjuntos de treinamento e aprendizagem de mão de obra, definidos pela Lei como “entidades cobertas”. Essas instituições devem manter as informações genéticas dos trabalhadores (empregados ou candidatos) em sigilo e em arquivo médico separado, caso essas informações sejam escritas. Cabe, porém, acrescentar que a GINA admite hipóteses de exceção sob as quais é permitido ao empregador divulgar informações genéticas¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² São considerados serviços genéticos: testes genéticos, educação genética ou aconselhamento genético (incluindo a entrega, interpretação, opinião e avaliação da informação genética). (In GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 237. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

¹⁰⁴³ São seis as hipóteses de exceção previstas pela GINA:

- 1 - para o trabalhador ou membro da família sobre quem a informação pertence, mediante solicitação por escrito do trabalhador ou do membro da família;
- 2 - para um pesquisador de saúde ocupacional ou outro, realizando pesquisas em conformidade com regulamentações federais específicas;
- 3 - em atendimento a uma ordem judicial, assegurando-se que a entidade coberta divulgue apenas as informações genéticas expressamente autorizadas pela ordem;
- 4 - para funcionários do governo que investigam o cumprimento do Título II da GINA, se as informações forem relevantes para a investigação;
- 5 - de acordo com o processo de certificação para licença FMLA (Lei de Licença Médica e Familiar) ou leis estaduais de família e licenças médicas; ou

Ainda em relação à preservação do sigilo das informações genéticas dos trabalhadores, a GINA impôs aos empregadores que, à época da entrada em vigor dessa lei (21/11/2009), mantivessem em seus arquivos dados genéticos dos trabalhadores, teriam de se desfazer desses dados e, se mantidos em arquivos, que o fossem na forma da lei, ou seja, separados dos demais dados funcionais¹⁰⁴⁴.

Quanto à aquisição de informação genética, a GINA também proíbe que os empregadores solicitem ou comprem informações genéticas sobre candidatos, empregados ou seus familiares, exceto em circunstâncias muito restritas. Portanto, é ilegal que um empregador exija que um trabalhador responda a perguntas sobre o histórico médico da família durante um exame médico relacionado ao emprego, seja prévia a contratação, seja decorrente de exame de aptidão durante o emprego. Há, contudo, exceções previstas¹⁰⁴⁵.

6 - para uma agência de saúde pública, mas apenas no que diz respeito à informação sobre a manifestação de um distúrbio ou doença contagiosa e que apresente risco iminente de morte.

Na hipótese 5, a sigla se refere a *Family and Medical leave act (FMLA)*. Lei federal de 1993 que concede o direito aos empregados (que preencham juntamente com os seus respectivos empregadores os requisitos da referida lei) a até 12 semanas (e em casos especiais até 26 semanas) de licença não remunerada, anualmente, para tratar de relevantes problemas pessoais ou de saúde, inclusive de seus familiares diretos. Durante a licença, os empregados não podem ser demitidos e permanecem com o direito ao seguro saúde. Alguns Estados têm leis semelhantes as quais podem fornecer condições mais favoráveis que aquelas oferecidas pela FMLA. (In GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 11; 194; 246. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

Veja-se também: FINDLAW. **Family and Medical Leave: Overview**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://employment.findlaw.com/family-medical-leave/family-and-medical-leave-overview.html>).

¹⁰⁴⁴ GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 245. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016.

¹⁰⁴⁵ As exceções para aquisição de informação genética (solicitar, exigir ou comprar), também se limitam a seis:

- 1 - informação adquirida acidentalmente, desde que não obtida por meio de provocação intencional, dirigida e perseguida à obtenção das informações genéticas;
- 2 - como parte de um serviço de saúde ou genético, alusivo a um programa de bem-estar, fornecido pelo empregador e que tenha adesão voluntária do trabalhador;
- 3 - sob a forma de histórico médico da família, desde que destinado a cumprir os requisitos de certificação da Lei de Licença Médica e Familiar (FMLA), leis estaduais ou locais de licença ou políticas específicas de licença de empregador;
- 4 - oriundos de fontes comercialmente e publicamente disponíveis, incluindo jornais, livros, revistas e fontes eletrônicas (como sites acessíveis ao público);
- 5 - como parte de um programa de monitoramento genético*, que controla os efeitos biológicos de substâncias tóxicas no local de trabalho, desde que exigido por lei**ou sob condições cuidadosamente definidas, em que o programa é voluntário; e
- 6 - por empregadores que realizam testes de ADN para fins de aplicação da lei como laboratório forense ou para identificação de corpos humanos.

(*) Entende-se por monitoramento genético (citado na exceção 5) o exame periódico de empregados para avaliar as modificações dos seus materiais genéticos, por exemplo, os danos cromossômicos ou evidências de aumento das mutações genéticas decorrentes de exposição dos trabalhadores as substâncias tóxicas nos respetivos e regulares locais de trabalho, com o objetivo de identificar, avaliar, mensurar e responder a esses efeitos ou promover o controle ambiental desses locais. (In GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 237. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

(**) A *Occupational Safety and Health Act (OSHA)* é uma lei federal que impõe aos empregadores a obrigação de promoverem os regulares e necessários controles à segurança e à saúde nos locais de trabalho. (In

Em decorrência da proibição (genérica) de os empregadores solicitarem, exigirem ou comprarem informações genéticas de uma pessoa, quando um empregador solicitar informações sobre o estado de saúde de um trabalhador, deverá avisá-lo ou a preposto do empregador (inclusive profissionais de saúde) encarregado de fazê-lo, para não fornecer ou solicitar que forneça informações genéticas.

A GINA também assegura a proteção contra o assédio em razão de informação genética, desde que este assédio seja grave ou generalizado, tornando o ambiente de trabalho hostil ou ofensivo. O assédio pode incluir, por exemplo, comentários ofensivos ou depreciativos sobre a informação genética de uma pessoa ou de membro de sua família. O assediador pode ser um superior hierárquico, um colega de trabalho ou até mesmo um terceiro, como um cliente.

A proteção contra a retaliação de uma pessoa – empregado ou candidato ao emprego – em face da informação genética, também é objeto de proteção pela Lei em comento. Seja por registrar uma acusação de discriminação, participar de um processo (investigação ou ação judicial) ou que de qualquer forma se oponha à discriminação.

Não obstante a GINA consagrar dispositivos que se propõem ao combate à discriminação genética, esta lei federal não está imune a críticas contundentes. Segundo Mark A. Rothstein¹⁰⁴⁶, a GINA não protege os americanos contra a discriminação genética em todos os aspectos que deveria, pois se limita apenas ao seguro de saúde e às relações de trabalho, deixando fora de proteção coberturas securitárias de vida, financeiras, econômicas, comerciais e até mesmo sociais¹⁰⁴⁷.

GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 12; 17; 240 e 244. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016).

¹⁰⁴⁶ ROTHSTEIN, Mark A. - The Genetic Information Non-Discrimination Act does not protect Americans from genetics discrimination, p. 204-210. In GERDES, Louise I. (Coord). **Human Genetics**. Farmington Hills-MI: Gale and Greenhaven Press, 2014.

¹⁰⁴⁷ Destaca o referido autor que a GINA não determina que as informações genéticas ou pré-genéticas fornecidas pelos trabalhadores sejam apartadas dos relatórios médicos comuns. Em outros termos, ela busca a proteção de informações genéticas decorrente de testes genéticos, sejam eles alusivos ao empregado, ao candidato ao emprego ou aos respectivos familiares. Entretanto, ignora que dados e informações que comumente constam de relatórios médicos a respeito da situação física e de saúde dessas pessoas, que se encontram nesses relatórios, são fortes indicativos da condição genética de que cada pessoa é detentora. Exemplificando: se o trabalhador informar que o seu genitor faleceu em decorrência de problemas cardíacos aos 35 anos, tal informação seria um forte indicativo de que possa se tratar de uma condição genética recessiva ou dominante que aquele trabalhador carrega em seu patrimônio genético. Esta simples informação, em princípio insignificante, poderia ensejar decisões de natureza discriminatória, pelo empregador. Isso porque, por diversas razões, inclusive econômicas, tais como coberturas de plano de saúde ou receios infundados, para a execução das atividades laborais, esta informação poderia, em princípio, tratar-se de mera probabilidade que, para se concretizar, dependeria de diversos outros fatores.

O citado autor reconhece que, mesmo que a GINA tivesse servido somente para declarar a inaceitabilidade da discriminação genética e para começar um processo de considerações cuidadosas em relação à mensuração dos problemas relacionados à saúde, ela já teria sido valiosa. Entretanto, a GINA está longe de

As críticas e preocupações externadas por Mark A. Rothstein são plausíveis, justificadas e são corroboradas por fatos. Em outubro de 2016, a EEOC anunciou a resolução de uma ação judicial¹⁰⁴⁸ que patrocinou contra a empresa *BNV Home Care Agency, Inc.*

A referida empresa (BNV) teria violado a GINA ao exigir que um grupo de trabalhadores, candidatos a empregos, informassem o histórico médico familiar de cada um deles e de seus familiares, por meio do preenchimento de um formulário, denominado “Avaliação de Saúde do Funcionário” (EHA), que incluía uma lista com 29 itens alusivos a condições de saúde, entre eles diabetes, doenças cardíacas e câncer. No referido formulário, atualizado em uma base anual, os candidatos ao emprego deveriam responder sim ou não para indicar se eles ou membro das respectivas famílias haviam passado por alguma dessas enfermidades.

Por entender que este procedimento afrontou a GINA, visto que, mesmo sem a realização de testes genéticos, as informações genéticas (dos trabalhadores e familiares) foram obrigatoriamente reveladas ao potencial empregador, a EEOC ajuizou a ação em nome desses trabalhadores. O processo tramitou por cerca de dois anos e foi encerrado, mediante acordo. Entre as condições do acordo, a *BNV Home Care Agency, Inc.* se comprometeu a não mais realizar práticas discriminatórias genéticas, inclusive modificando o citado formulário EHA, comprovando que havia destruído todas as EHA obtidas desde o ano de 2014 e, também, pagou a importância de US \$ 125.000 que foram distribuídos igualmente entre os seus empregados¹⁰⁴⁹.

Em artigo publicado em 10/1/2016, Richard B. Cohen¹⁰⁵⁰ informou que a EEOC anunciou um acordo, celebrado com a empresa *Underground Mining, LLC* (que estaria agindo da mesma forma que a empresa *Joy Mining Machinery*), ou seja, ao ofertar empregos exigia que os candidatos informassem se do histórico médico de seus familiares constavam

produzir os resultados desejados e seria um equívoco se imaginar que ela solucionaria todos os problemas. Finalmente, aponta também o risco de que os consumidores e os trabalhadores, ao se considerarem integralmente protegidos pelas garantias anunciadas pela GINA, não se cerquem das cautelas necessárias, permitindo que os empregadores e os planos de saúde, aproveitando-se das lacunas da referida lei, se utilizem delas para violar a confidencialidade dos dados genéticos.

¹⁰⁴⁸ A ação foi ajuizada em 17/9/2014, sob o número 1:2014cv05441, e tramitou perante o *New York Eastern District Court*. (In JUSTIA Dockets & Filings. **Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego v. BNV Home Care Agency, Inc.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://dockets.justia.com/docket/new-york/nyedce/1:2014cv05441/360745>).

¹⁰⁴⁹ RESNICK LAW GROUP-RGL. **EEOC Settles Genetic Discrimination Lawsuit for \$125,000.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.thenjemploymentlawfirmblog.com/amp/2017/01/eec-settles-genetic-discrimination-lawsuit-125000.html>.

¹⁰⁵⁰ COHEN, Richard B. LEXOLOGY. Fisher Broyles LLP. **GINA: If You Are An Employer You Should Know About It.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=469fab4b-6675-45c8-903e-24fae8b951f9>.

antecedentes de “TB, câncer, diabetes, epilepsia” e doenças cardíacas. Entre as condições do acordo, constou que a EEOC, durante dois anos, forneceria treinamento contra a discriminação genética no trabalho a todos os gerentes e ao pessoal de recursos humanos da mencionada empresa.

O descumprimento às garantias da GINA tem originado ações judiciais que buscam a reparação monetária por diversas razões. Entretanto, uma dessas ações, que tramitou perante o Tribunal Distrital Federal do Distrito Norte da Geórgia¹⁰⁵¹, teve origem em fatos bizarros e inusitados. O problema teve início quando a Atlas Logistics Group Retail Services, uma empresa que armazena produtos alimentícios vendidos em supermercados, descobriu várias pilhas de fezes humanas em um dos seus armazéns. Para apurar os fatos, a Atlas procedeu a uma investigação interna¹⁰⁵².

Com base em estudos dos turnos e horários de trabalho, a empresa reduziu os suspeitos para alguns empregados, entre eles Jack Lowe e Denis Reynolds. Com a anuência de ambos (provavelmente com receio de perderem o emprego), a empresa colheu material de suas bocas, enviando ao laboratório para análise genética, que seria comparada com o material extraído das fezes. Procedidos aos exames, ambos os suspeitos foram considerados inocentes. Em seguida processaram a Atlas, alegando que o teste genético a que foram submetidos violou as garantias da GINA. Em 5/5/2015, a Juíza Amy Totenberg condenou a Atlas ao pagamento de indenização devida a ambos os empregados, no total de US \$2,225 milhões (US \$475.000 em indenizações compensatórias por estresse e US \$1,75 milhão em indenizações punitivas). Segundo Robin Shea, este valor deverá ser reduzido, porque a GINA tem limites de indenizações compensatórias e punitivas de US \$300.000 por autor¹⁰⁵³.

Além da GINA, outros normativos federais incluem-se entre as principais leis aplicáveis, destinadas a prevenir ou reprimir ações de discriminação¹⁰⁵⁴. Importante destacar

¹⁰⁵¹ SHEA, Robin - Constangy, Brooks, Smith&Prophete llp. **Civil Action n.º 1:13-CV-2425-AT**. Jack Lowe and Dennis Reynolds v. Atlas Logistics Group Retail Services (Atlanta), LLC. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://hr.cch.com/ELD/LoweAtlas.pdf>.

¹⁰⁵² ATLANTA Employment Attorneys Blog. **High-Profile Atlanta Case Shines Spotlight on Federal Genetic Information Nondiscrimination Act and Genetic Privacy in the Workplace**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.atlantaeemploymentattorneysblog.com/2015/07/high-profile-atlanta-case-shines-spotlight-on-federal-genetic-information-nondiscrimination-act-and-genetic-privacy-in-the-workplace/>.

¹⁰⁵³ SHEA, Robin - Constangy, Brooks, Smith&Prophete llp. **Employers, you’ll never pooh-pooh the GINA again**. [Em linha]. [Consult. 24 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.constangy.com/employment-labor-insider/employers-youll-never-pooh-pooh-the-gina-again>.

¹⁰⁵⁴ Eis outros normativos federais que visam à prevenção ou à repressão de ações discriminatórias:
a) O Título VII da Lei dos Direitos Cívicos de 1964. Essa lei torna ilegal discriminar alguém com base em raça, cor, religião, nacionalidade ou sexo. A lei também exige que os empregadores acomodem razoavelmente as práticas religiosas de candidatos e empregados, a menos que isso imponha dificuldades indevidas à operação do negócio do empregador.

que todos esses normativos também proíbem a retaliação contra uma pessoa por queixar-se de discriminação ou que provoque uma investigação ou ação judicial por discriminação no emprego¹⁰⁵⁵.

5.2.3.2.2 Leis estaduais

A proteção contra a discriminação genética nas relações laborais, além da GINA (lei federal), também é contemplada em legislações estaduais de 36 dos 50 Estados americanos, conforme se infere da obra de Lisa Guerin e Amy DelPolo¹⁰⁵⁶ e do banco de dados de legislação do *National Human Genome Research Institute*¹⁰⁵⁷. Ressalte-se, por oportuno, que são os próprios Estados que se encarregam de alimentar o referido banco de dados, atualizando-o sempre¹⁰⁵⁸.

b) A Lei de Discriminação na Gravidez, que alterou o Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964, para tornar ilegal a discriminação contra uma mulher por causa de gravidez, do parto ou de condição médica relacionada à gravidez ou ao parto.

c) A Lei para Igualdade de Salários, de 1963 (EPA). Essa lei torna ilegal o pagamento de salários diferentes para homens e mulheres se eles realizarem um trabalho igual no mesmo local de trabalho.

d) O Age Discrimination in Employment Act, de 1967 (ADEA). Essa lei protege pessoas com 40 anos ou mais de discriminação por causa da idade.

e) O título I do *Americans with Disabilities Act* de 1990 (ADA), que proíbe a discriminação contra as pessoas deficientes, no setor privado e nos governos estaduais e locais. A lei também exige que os empregadores acomodem razoavelmente as limitações físicas ou mentais conhecidas de uma pessoa deficiente, que seja empregue ou candidato a emprego, a menos que isso imponha uma dificuldade indevida à operação dos negócios do empregador.

f) As Seções 102 e 103 da Lei dos Direitos Civis de 1991, que alteraram o Título VII (1964) e o ADA, para permitir julgamentos de júri e indenizações compensatórias e punitivas em casos de discriminação intencional.

g) As Seções 501 e 505 da Lei de Reabilitação, de 1973, que tornaram ilegal a discriminação contra uma pessoa deficiente, servidora do governo federal. A Lei também exige que os órgãos federais acomodem razoavelmente as limitações físicas ou mentais conhecidas de uma pessoa deficiente, que seja servidor ou candidato ao cargo, a menos que isso imponha uma dificuldade indevida à operação dos negócios daquele órgão.

¹⁰⁵⁵ EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **Laws enforced by EEOC**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/index.cfm>.

¹⁰⁵⁶ GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 377-391. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016.

¹⁰⁵⁷ NIH - Nacional Human Genome Research Institute. **Discriminação Genética**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genetic-Discrimination>.

¹⁰⁵⁸ A seguir, indicar-se-ão os Estados que possuem legislação própria e protetiva contra a discriminação genética no trabalho, com a indicação dos respectivos dispositivos legais, breve síntese desses normativos, e os correspondentes endereços eletrônicos.

1. Arizona (ARS § 41-1463, B-3) – Os empregadores não podem discriminar uma pessoa com base nos resultados dos testes genéticos. (In Arizona State Legislature. **Discriminação; práticas ilegais; definição** [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=http://www.azleg.gov/ars/41/01463.htm>.)

2. Arkansas (Ark. Código § 11-5-403) – Os empregadores não podem procurar, obter, usar ou requerer um teste ou informação genética, bem como discriminar candidato ao emprego ou empregado. (In Arkansas Code Annotated. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://advance.lexis.com/container?config=00JAA3ZTU0NTIzYy0zZDEyLTRhYmQtYmRmMS1iMWIxNDgxYWMxZTQKAFBvZENhdGFsb2cubRW4ifTiwi5vLw6c1luX&crd=a482e704-b131-490c-b805-5566cd7eb353>.)

3. Califórnia (Cal. Código do Governo §§ 12920 e segs. e § 11135) – Denominado de CalGINA, reconhece como um direito civil buscar, obter e manter um emprego, sem discriminação em razão de informação genética. Também assegura que uma pessoa não pode ser discriminada, com base em suas informações genéticas, para acesso integral e igual aos benefícios concedidos ou financiados pelo Estado. (In California Legislative Information. **Code Search**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml>.)

4. Connecticut (CGA 46a § 60) – Considera-se prática discriminatória o empregador, uma agência de emprego ou qualquer outra organização trabalhista solicitar ou exigir informações genética dos trabalhadores (empregados ou candidatos a emprego) e de seus familiares. É vedado a essas entidades exonerar ou discriminar qualquer pessoa com base em informações genéticas. (In Connecticut General Assembly. **Direitos Humanos e Oportunidades**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.cga.ct.gov/current/pub/chap_814c.htm#sec_46a-60.)

5. Distrito de Columbia (Código Oficial DC § 2-1401.01 e segs.) – Os empregadores, agências de emprego e organização trabalhistas, salvo algumas exceções, não podem discriminar com base em informações genéticas. Também é vedado às seguradoras de saúde solicitar ou exigir testes genéticos. (In District of Columbia Official Code. Unidade A. **Direito dos Direitos Humanos**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/2-1401.01.html>.)

6. Delaware (Del. Code 19 § 710 e segs.) – Os empregadores, as agências de emprego, as organizações trabalhistas ou os comitês conjuntos de trabalho e gestão que controlam aprendizados ou outros treinamentos não podem discriminar com base em informações genéticas. Excetuam-se os casos em que a informação genética é uma qualificação ocupacional legítima razoavelmente necessária ao funcionamento normal dessas entidades. (In State of Delaware. **Código de Delaware on line**. [Em linha]. Título 19. Trabalho. Disposições Gerais. Cap. VII - Práticas de Emprego. Subcapítulo II - Discriminação no emprego. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://delcode.delaware.gov/title19/c007/sc02/index.shtml>.)

7. Flórida (FS § 448.075 e segs.) – Nenhuma pessoa física, empresa, corporação, associação, agência estatal, unidade de governo local ou qualquer entidade pública ou privada negará, recusará ou dispensará do emprego qualquer pessoa unicamente porque essa pessoa tem o traço falciforme. Essas entidades também não podem solicitar triagem ou testes para o traço falciforme como condição para o emprego. (In Florida Legislature. **Estatutos da Flórida 2019**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0400-0499/0448/Sections/0448.075.html.)

8. Havaí (HRS § 378-1 e segs.) – Os empregadores não podem recusar ou discriminar nenhuma pessoa por ser considerado deficiente, o que inclui a consideração de informação genética da pessoa ou de qualquer membro da família. Também é vedada a submissão a teste genético, como condição para admissão ou permanência no emprego. Os normativos também contêm disposições referentes a agências de emprego e organizações trabalhistas. (In LAW SERVER. **Estatutos revistos do Hawaí**. 378-2- Práticas discriminatórias tornadas ilegais; ofensas definidas. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.lawserver.com/law/state/hawaii/hi-statutes/hawaii_statutes_378-2.)

9. Idaho (IC § 39-8301 e segs.) – É vedado ao empregador acessar ou levar em conta informações genéticas privadas, solicitar ou exigir consentimento para uma liberação de informações genéticas privadas, solicitar ou requerer teste genético, ou questionar recusa em realizar um teste genético relacionado a uma contratação, promoção, ou outra decisão relacionada ao trabalho. A exceção é feita sob circunstâncias especiais e necessárias a uma ordem de divulgação convincente de informações genéticas privadas. (In Idaho Legislature. **Estatutos de Idaho**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title39/T39CH83/SECT39-8303/>.)

10. Ilínois (410 ILCS 513/1 e segs.) – Os empregadores, as agências de emprego, as organizações trabalhistas e as agências de licenciamento devem tratar os testes e as informações genéticas de acordo com as leis federais, incluindo, entre outras, a GINA. (In HELPLINE LAW. EUA Ilínois. **Lei de privacidade de informações genéticas**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.helplinelaw.com/usa-statutes/illinois/PUBLIC%20HEALTH/410%20ILCS%20513>.)

11. Iowa (IC § 729.6) – Empregadores, agências de emprego ou de licenciamento, organizações trabalhistas não podem solicitar, requerer ou administrar teste genético para as circunstâncias alusivas às relações de trabalho. É vedada a venda das informações ou interpretação dos testes genéticos para as entidades acima nomeadas, exceto com o consentimento por escrito do trabalhador ou biomonitoramento de toxinas no local de trabalho. São proibidos acordos entre as partes sobre pagamento ou benefício para fazer um teste genético. A lei

pode ser aplicada por meio de ação civil. (In The Iowa Legislature. Chapter 729. **Infringement of individual rights.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.legis.iowa.gov/docs/code/2015/729.pdf>.)

12. Kansas (KSA §§ 44-1002 e 44-1009) – O empregador não pode obter, procurar obter ou usar a triagem genética, testar informações de empregado ou candidato a emprego para discriminar ou obrigá-los a se submeter à triagem genética. (In Kansas State. **Sessões legislativas.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em http://www.kslegislature.org/li_2014/b2013_14/statute/044_000_0000_chapter/044_010_0000_article/044_010_0009_section/044_010_0009_k/.)

13. Louisiana (LRS 23:302; 23:352; 23:368 e LRS 51:2231 e segs.) – Empregadores, organizações de trabalho ou agências de emprego não podem discriminar qualquer trabalhador com base em informações genéticas; exigir, coletar, comprar ou divulgar informações genéticas ou manter essas informações em arquivos gerais de pessoal. Exceções relativas à divulgação a um pesquisador de saúde ocupacional ou outro, se a pesquisa estiver em conformidade com a Parte 46 do Título 45 do Código de Regulamentos Federais. (In JUSTIA US Law. **Estatutos revisados das leis da Louisiana de 2013.** Título 23 - Remuneração trabalhista. RS 23: 368 - Proibição de discriminação genética no local de trabalho; privacidade. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/louisiana/2013/code-revisedstatutes/title-23/rs-23-368/>.)

14. Maine (MRS 5 §§ 19301 e 19302) – Os empregadores não podem se recusar a contratar, demitir ou discriminar um empregado ou candidato a emprego em face da negativa em submeter-se ou fornecer resultados de teste genético ou aconselhamento genético, exceto quando baseado em qualificação profissional de boa-fé. A Comissão de Direitos Humanos do Maine tem autoridade para fazer cumprir essa disposição. (In Maine Legislature. **Título 5, cap. 503. Uso de informação genética para fins de emprego.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.mainelegislature.org/legis/statutes/5/title5ch503sec0.html>.)

15. Maryland (Código do Estado de Maryland 2018 - § 20-606 – 2; 3) – Os empregadores não podem limitar, segregar, classificar os trabalhadores, nem discriminá-los em decorrência de informações genéticas ou pela recusa de submeter-se ou fornecer resultados de testes genéticos, bem como solicitar ou exigir testes genéticos como condição para admissão ou concessão de qualquer outro benefício. (In JUSTIA US Law. **Código de Maryland-2018.** Subtítulo 6 - Discriminação no emprego. § 20-606. Práticas ilegais de emprego. [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/maryland/2018/state-government/title-20/subtitle-6/section-20-606/>.)

16. Massachusetts (MGL 151B § 1 e segs.) – Os empregadores não podem discriminar uma pessoa em condições ou benefícios de emprego, inclusive financeiros, em razão de informações genéticas, a menos que seja baseado em uma qualificação profissional de boa-fé. Os normativos também incluem disposições de não discriminação que se aplicam a outras entidades, entre elas as organizações trabalhistas e agências de emprego. Compete à Comissão de Massachusetts contra a discriminação investigar denúncias de discriminação injusta com base em informações genéticas. (In Commonwealth of Massachusetts. **Capítulo 151B:** discriminação injusta por causa de raça, cor, credo religioso, origem nacional, matriz ou sexo. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartI/TitleXXI/Chapter151B>.)

17. Michigan (MCL § 37.1201 e segs.) – O empregador não pode discriminar um trabalhador em razão de informações genéticas que não estão relacionadas à capacidade de desempenhar suas funções. Também não poderá exigir que um trabalhador venha a se submeter a um teste genético ou que forneça informações genéticas como condição de emprego ou promoção. Entretanto, o trabalhador pode, voluntariamente, fornecer informações genéticas (que poderão ser utilizadas pelo empregador), desde que relevantes para a saúde e a segurança no local de trabalho. (In Michigan Legislature. Pessoas com deficiência - Direito Civil. **Lei 220/1976.** [Em linha]. Seção 37.102-37.103. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(gefmbj5eiwucyegyjy3cil3\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-37-1202](http://www.legislature.mi.gov/(S(gefmbj5eiwucyegyjy3cil3))/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-37-1202).)

18. Minnesota (EM § 181.974) – Empregadores ou agências de emprego não podem realizar testes genéticos ou solicitar, exigir ou coletar informações genéticas protegidas para qualquer condição de emprego, inclusive demissão, de qualquer pessoa com base nessas informações. Uma pessoa não pode fornecer ou interpretar informações genéticas sobre um empregado ou candidato a emprego para um empregador ou agência de emprego. (In Minsesota Legislature. The Office of the Revisor of Statute. **Ensaio genético no emprego.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=181.974>.)

19. Missouri (MRS §§ 375.1300 e 375.1306.1) – O empregador não pode usar informações genéticas ou resultados de testes genéticos de empregado ou de candidato ao emprego para distinguir, discriminar ou restringir qualquer direito ou benefício. As exceções são alusivas a seguro de vida em grupo, aposentadoria por invalidez e seguro de assistência a longo prazo, ações exigidas por lei ou regulamento, desde que haja permissão por escrito. (In NIH - National Human Genome Research Institute. **Estatuto do genoma e base de dados legislativa**. [Em linha]. Estatuto do Estado de Missouri. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genome-Statute-Legislation-Database?combine=&field_content_type_value=State+Statute&field_topic_value=Employment+Nondiscrimination&field_source_value=Missouri&items_per_page=25&op=Redefini%C3%A7%C3%A3o+de+.)

20. Nebraska (NRS § 48-236) – Um empregador não pode discriminar um empregado ou candidato a emprego em razão de informações genéticas que não estejam relacionadas à capacidade de desempenhar suas funções. Também não pode exigir que venham a se submeter a um teste genético ou fornecer informações genéticas. Mas o trabalhador pode, voluntariamente, enviar informações genéticas relacionadas à saúde e à segurança dos trabalhadores no local de trabalho.

NRS §§ 77 - 5518, 5519, 5534 e 5537 – Para que a empresa possa obter benefícios fiscais alusivos ao crédito de benefício salarial ou de imposto de investimento referente ao *Invest Nebraska Act*, deve demonstrar por escrito sua política de não exigir dos empregados e candidatos a emprego informações genéticas e testes genéticos. (In CRG - Council for Responsible Genetics. NEBRASKA. **Law and regulations**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/geneticprivacy/NE.html>.)

21. Nevada (NRS § 613.345) – É ilegal o empregador, organização trabalhista ou agência de emprego solicitar ou induzir empregado ou candidato ao emprego a submeter-se a teste genético ou alterar os termos e as condições do contrato de trabalho, bem como rescindi-lo, com base em informações genéticas. (In JUSTIA US Law. **Nevada Legislature**. Capítulo 613. Práticas de emprego. NRS 613.345: Práticas ilegais de emprego. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/nevada/2017/chapter-613/statute-613.345/>; <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-613.html#NRS613Sec345>.)

22. Nova Hampshire (NHS § 141-H) – Empregadores, agências de emprego ou de licenciamento e organizações trabalhistas não podem solicitar, requerer ou administrar testes genéticos para as circunstâncias alusivas às relações de trabalho. É vedada a venda das informações ou interpretação dos testes genéticos dos empregados e candidatos a emprego, para as entidades acima nomeadas, exceto com o consentimento por escrito do trabalhador ou para o biomonitoramento de toxinas no local de trabalho. (In The General Court of New Hampshire. **Título X. Saúde Pública. Capítulo 141-H de ensaio genético**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.gencourt.state.nh.us/rsa/html/x/141-h/141-h-mrg.htm>.)

23. Nova Jersey (NJS §§ 10:5-5 e 10:5-12(a)) – É prática trabalhista ilegal recusar-se a contratar, empregar, exonerar ou exigir a aposentadoria do trabalhador ou discriminá-lo em compensação ou em termos, condições ou benefícios trabalhistas, com base em informações genéticas ou devido a recusa em submeter-se a um teste genético. (In JUSTIA US Law. **New Jersey Legislature**. Código de New Jersey 2009. Título 10. Direitos Cívicos. Seção 10.5. [Em linha]. [Consult. 14 Abr. 2018]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2009/title-10/section-10-5>.)

24. Novo México (NMSA § 24-21-1 e segs.) – Os normativos contêm disposição sobre o uso de informações genéticas e proibição de discriminação por parte das seguradoras para segurados e seus dependentes e dispõe, também, que é ilegal a utilização de informações genéticas no emprego ou no recrutamento. (In JUSTIA US Law. **Estatutos do Novo México de 2006** - Artigo 21 - Privacidade de informações genéticas, 24-21-1 a 24-21-7. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://law.justia.com/codes/new-mexico/2006/nmrc/jd_ch24art21-ad31.html.)

25. Nova York (CVR § 48.a) – Salvo demonstração inequívoca de que o distúrbio genético único de uma pessoa (traço falciforme, portadores de Tay-Sachs e da anemia de Cooley) é fator impeditivo para realização do seu trabalho, a nenhuma pessoa pode ser negada a oportunidade de obter ou manter o emprego, bem como de progressão em sua carreira, apenas porque é possuidor de distúrbio genético único. (In FindLaw - For legal professionals. **Leis consolidadas de Nova Iorque, Leis de Direitos Cívicos** - CVR § 48.a. Emprego de pessoas com certas doenças genéticas. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://codes.findlaw.com/ny/civil-rights-law/cvr-sect-48-a.html>.)

26. Carolina do Norte (NCGA § 126-34.01 e segs.) – O normativo estabelece procedimentos para recursos de apelações ao Estado e ações disciplinares relacionadas a reivindicações contra a discriminação, incluindo, entre outras, a discriminação baseada em informações genéticas. (In North Carolina General Assembly. Capítulo 126. **Lei de recursos humanos da Carolina do Norte**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.ncleg.gov/Laws/GeneralStatuteSections/Chapter126>.)

NCGA §§ 95-28.1 e 95-28.1A – Pessoas físicas, empresas, corporações, associações, agências estatais, unidades do Governo local, qualquer entidade pública ou privada não podem negar, recusar emprego ou despedir trabalhadores em razão da solicitação de testes genéticos ou serviços de aconselhamento com base na informação genética do trabalhador ou membro de sua família. (In North Carolina General Assembly. **Capítulo 95**. [Em linha]. Departamento do trabalho e Regulamentos do trabalho. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.ncleg.gov/Laws/GeneralStatuteSections/Chapter95>.)

27. Oklahoma (OS § 36-3614-2) – O empregador não pode buscar, obter, usar informações genéticas ou testes genéticos de empregados e candidatos ao emprego, com a finalidade de distinguir, discriminar ou restringir qualquer direito ou benefício a esses trabalhadores. (In JUSTIA US Law. **Oklahoma State Legislature**. Lei de Não Discriminação Genética no Emprego. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/oklahoma/2015/title-36/section-36-3614.2/>.)

28. Oregon (ORS §§ 659^a.300 e 659^a.303) – O empregador pratica ilegalidade trabalhista quando procura obter ou usar informações genéticas de empregado ou candidato ao emprego ou de seus familiares consanguíneos, com o objetivo de distinguir, discriminar ou restringir qualquer direito ou benefício a esses trabalhadores. (In OREGON STATE LEGISLATURE. **Capítulo 659A - Discriminação ilegal no emprego, acomodações públicas e transações de imóveis**; Execução Administrativa e Civil. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/ors/ors659A.html.)

29. Rhode Island (RIGL § 28-6.7-1 e segs.) – Empregadores, agências de emprego ou agências de licenciamento não poderão, em relação a empregados e candidatos ao emprego e seus familiares, solicitar, requerer ou administrar testes genéticos, utilizar e revelar informações genéticas, bem como alterar os termos, condições e benefícios do contrato de trabalho, inclusive rescindir o contrato ou suspender o licenciamento com base em resultados de testes genéticos ou na recusa de realização desses testes. (In State of Rhode Island General Assembly. **Leis gerais do Estado de Rhode Island**. [Em linha]. Capítulo 28-6.7. Testes genéticos como condição de emprego. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://webserver.rilin.state.ri.us/Statutes/TITLE28/28-6.7/INDEX.HTM>.)

30. Dakota do Sul (SDCL §§ 60-2-20 e 21) – É vedado ao empregador procurar obter, obter ou utilizar informações genéticas de empregado ou candidato a emprego e de seus respectivos familiares, com o objetivo de distinguir ou discriminar, bem como restringir direitos ou benefícios. As exceções permitidas se referem às hipóteses de que o empregador seja agência de aplicação da lei que conduz uma investigação criminal ou, em tomando conhecimento dos testes objeto de investigação criminal poderá fazer uso dos seus resultados (que deverão ser mantidos em sigilo) para aplicação das medidas disciplinares com base em má conduta do trabalhador. (In South Dakota Legislature. Leis Codificadas. **Obrigações do empregador e do empregado**. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em http://sdlegislature.gov/Statutes/Codified_Laws/DisplayStatute.aspx?Type=Statute&Statute=60-2-20.)

31. Texas (TS (trabalhista) código §21.401-403) – O empregador, organização de trabalho ou agência de emprego incide em prática trabalhista ilegal se discriminar empregado ou candidato ao emprego, com base nas respectivas informações genéticas ou pela recusa em submeter-se a teste genético, vedada a segregação, distinção ou a privação de oportunidades de emprego ou a prática de qualquer outra forma que venha afetar as condições e o *status* no trabalho. (In Texas Constitution and Statutes. **Subcapítulo H. Uso discriminatório de informação genética**. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/LA/htm/LA.21.htm#21.401>.)

TS (trabalhista) § 301.156 – Compete à Comissão da Força de Trabalho do Texas a coleta e a relatoria das denúncias de discriminação no emprego, incluindo aquelas relacionadas ao uso de informações genéticas. (In Texas Constitution and Statutes. **Análise de reclamações de discriminação**; relatório. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/LA/htm/LA.301.htm#301.156>.)

TS (*Occupations*) Code § 58.001 e segs. – A norma restringe o uso e a divulgação dos resultados dos testes genéticos e do histórico familiar por uma autoridade de licenciamento. As amostras de material genético devem ser imediatamente destruídas após a finalidade para a qual foram obtidas, salvo retenção autorizada para tratamento médico ou pesquisa científica. Ressalvadas as restritas exceções a informação genética não pode ser divulgada sem autorização escrita. (In Texas Constitution and Statutes. **Código de Ocupações**. [Em linha]. Título 2. Capítulo 58. Uso de informação genética. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/OC/htm/OC.58.htm>.)

32. Utah (UC § 26-45-101 e segs.) – É vedado ao empregador, para efeitos de admissão, promoção e decisões relacionadas ao trabalho levar em conta informações genéticas do trabalhador, bem como solicitar ou exigir que o trabalhador autorize a liberação dessas informações ou se submeta a um teste genético e, ainda, indagar ou levar em consideração testes genéticos realizados por parentes consanguíneos do trabalhador. Excepcionalmente o empregador pode solicitar uma ordem que obrigue a divulgação de informações genéticas, na

5.2.3.2.3 Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA - EEOC

A tutela de proteção à igualdade de oportunidades no emprego, é exercida, no âmbito federal, pela *US Equal Employment Opportunity Commission – EEOC* (Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA). A EEOC é uma agência federal encarregada de aplicar as leis federais que proíbem a discriminação no emprego com base em raça, cor, religião, sexo (incluindo gravidez, orientação sexual ou identidade de gênero), nacionalidade, deficiência, idade (40 anos ou mais) e informação genética (incluindo histórico médico familiar). Os normativos editados pela EEOC também proíbem a retaliação. Trata-se de uma comissão bipartidária, composta por seis membros (Presidente, Vice-Presidente, Comissários e Conselheiro-Geral) nomeados pelo Presidente dos EUA e confirmados pelo Senado, com escritório central em Washington, DC e 53 escritórios regionais em outras localidades dos Estados Unidos.

À EEOC compete a investigação das acusações de discriminação contra empregadores, buscando a solução – na hipótese de procedência da acusação – ou adotando as

hipótese de processo administrativo ou judicial em que o empregado colocou sua saúde em questão ou se essa condição de saúde representar um risco real e injustificável, que exija a recusa ou alteração de suas atribuições. (In Utah State Legislature. **Código de Utah**. [Em linha]. Título 26. Capítulo 45. Lei de privacidade de testes genéticos. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em https://le.utah.gov/xcode/Title26/Chapter45/26-45.html?v=C26-45_1800010118000101.)

33. Vermont (VSA 18 § 9331 e segs.) – Empregadores ou organizações trabalhistas não podem usar informações sobre testes genéticos, aconselhamento genético ou doenças genéticas para os fins especificados. Violações se sujeitam a penalidades civis e criminais. (In Vermont General Assembly. **Os estatutos de Vermont on line**. [Em linha]. Título 18. Capítulo 217: teste genético. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://legislature.vermont.gov/statutes/chapter/18/217>.)

34. Virgínia (Código de Va. §40.1-28.7:1) – O empregador não pode solicitar, requerer ou administrar testes genéticos como condição de emprego ou recusar-se a contratar, deixar de promover, demitir ou de outra forma alterar adversamente quaisquer termos ou condições de emprego de qualquer empregado ou de candidato a emprego, unicamente com base em características genéticas ou decorrente dos resultados de um teste genético, independentemente de como o empregador obteve essas informações ou resultados. (In LIS - Virginia law. **Code of Virginia**. Título 40.1 - Trabalho e emprego. § 40.1-28.7: 1. Testes genéticos ou características genéticas como condição de emprego. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://law.lis.virginia.gov/vacode/title40.1/chapter3/section40.1-28.7:1/>.)

35. Washington (RCW § 49.44.180) – Pessoa física, empresa, corporação ou o Estado de Washington, suas subdivisões políticas ou órgãos municipais não podem exigir que nenhum trabalhador ou candidato ao emprego apresentem informações genéticas ou se submetam à triagem de informações genéticas como condição de admissão ou continuidade no emprego. (In Washington State Legislature. **RCWS**. [Em linha]. Título 49. Capítulo 49.44. Seção 49.44.180. Rastreamento genético. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=49.44.180>.)

36. Wisconsin (WSA § 111.31 e segs. e 111.372) – Empregadores, organizações trabalhistas e agências de emprego ou de licenciamento não poderão solicitar, requerer ou administrar testes genéticos a qualquer pessoa como condição para ingresso no emprego, sua manutenção, alteração dos termos, condições e benefícios alusivos ao contrato de trabalho, ingresso em associação de trabalhadores e licenciamento. (In Wisconsin State Legislature. **Estatutos**. [Em linha]. Capítulo 111. Relações com o emprego. Subcapítulo II. Emprego Justo. [Consult. 14 Abr. 2018]. Disponível em <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/111/II/31>.)

medidas judiciais cabíveis visando proteger os direitos das pessoas e o interesse público. Também é papel da EEOC adotar as medidas necessárias para solucionar e prevenir situações de discriminação, inclusive com a realização de mediações, que em média são realizadas com um prazo aproximado de noventa dias e com a presença das partes interessadas. Para alcançar o seu objetivo, a EEOC edita normas regulamentares, fornece orientações e assistência técnica a outros organismos federais, monitora e avalia os programas de emprego afirmativo das agências federais, distribui materiais educacionais e realiza treinamento para as partes interessadas, e, ainda, realiza audiências administrativas nas quais os seus Juízes julgam as reclamações de discriminação que lhe são apresentadas.

As reclamações administrativas por pretensa afronta aos dispositivos da GINA devem ser apresentadas (individualmente ou por associações de trabalhadores) aos escritórios regionais da EEOC, nos diversos Estados. O prazo para a formalização da reclamação é de 180 dias, contados da pretensa violação, naqueles Estados que não possuam legislação própria de proteção à discriminação genética no ambiente laboral. Se a infração tiver sido cometida em Estado que também possua legislação específica, o prazo para reclamação é de 300 dias a partir da alegada violação. O ajuizamento de ação judicial deve ser sempre precedido de notificação à EEOC, informando acerca da judicialização da questão. Nessa hipótese, a EEOC fornecerá ao interessado documento denominado *right to sue*, para que, no prazo de 90 dias, seja ajuizada judicialmente a demanda¹⁰⁵⁹.

Quanto às penalidades que podem ser aplicadas pela EEOC, na hipótese de ausência de composição amigável da demanda, destacam-se benefícios (tanto para o candidato ao emprego quanto para o empregado), tais como o pagamento dos salários que deixaram de ser pagos, obrigação de admissão no emprego, promoção, reintegração, pagamento de indenização por perdas e danos, reembolso por eventuais despesas na procura de outro emprego, bem como medidas preventivas ou coercitivas para erradicação da discriminação no local de trabalho e/ou o pagamento de outras despesas administrativas e judiciais. Os custos financeiros variam entre U\$ 50 mil a U\$ 300 mil, a depender da estrutura financeira do empregador¹⁰⁶⁰.

No que diz respeito à sua atuação político-legislativa, assim como as demais agências do Poder Executivo, a EEOC interage rotineiramente com o Congresso, por meio do seu Escritório de Comunicação e Assuntos Legislativos, que representa a EEOC em relação

¹⁰⁵⁹ GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 375-376. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016..

¹⁰⁶⁰ GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws**. 5.^a ed. p. 376-377. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016.

ao Congresso e a outras agências do Governo Federal. A *Legislative Affairs* serve como elo de comunicação entre a EEOC o Congresso e o Poder Executivo (inclusive suas outras agências), auxiliando na coordenação dessas atividades, para que sejam consistentes. Assim, compete a esta unidade coordenar e responder às comunicações do Congresso e da Casa Branca, realizar a articulação com membros, funcionários e órgãos legislativos do Congresso (entre eles o *Government Accountability Office*, o Escritório de Orçamento e a Biblioteca), comissões parlamentares, e facilitar as comunicações entre a EEOC e o público, fornecendo também as orientações necessárias aos congressistas¹⁰⁶¹.

As leis de proteção contra a discriminação impõem que os empregadores divulguem as informações legais federais anti discriminatórias em locais de fácil acesso aos empregados e candidatos ao emprego. Cartazes são fornecidos pela EEOC, em múltiplos idiomas, tanto para *download* quanto para cópia física¹⁰⁶².

5.2.4 A doutrina, a legislação e a jurisprudência em Portugal

De início, relembra-se que Portugal ratificou o Tratado de Lisboa, o qual, em seu artigo 6.º, 2, assinala que os países da União Europeia aderem à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Ressalta-se que a Carta dos Direitos Fundamentais veda qualquer conduta discriminatória em razão de características genéticas (artigo 21.º), norma que se estende e obriga a todos os países aderentes ao Tratado de Roma.

Na esfera constitucional, ao analisar o tema objeto desta pesquisa, no que se refere à utilização de dados genéticos dos trabalhadores pelos empregadores, Bernardo Xavier sustenta que nessa seara estão em jogo “direitos de extrema importância para quem trabalha, assim como estão em jogo interesses de quem emprega”. Prossegue, aduzindo que esses direitos não são nem mais nem menos que “os da identidade pessoal e familiar, os direitos de conhecimento e desconhecimento do próprio patrimônio genético e o direito de reserva e não discriminação”. Em assim sendo, afirma o referido doutrinador que o “problema é mais fundo – o da dignidade da pessoa humana” e, para a tutela desse princípio fundamental e sagrado, há de se buscar o amparo na Constituição da República Portuguesa, especialmente nos artigos 1.º (dignidade da pessoa humana), 13.º (igualdade), 25.º (integridade pessoal) e, especificamente,

¹⁰⁶¹ EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **Sobre a EEOC**. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/>.

¹⁰⁶² EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **EEO é a lei**. [Em linha]. Poster. [Consult 15 Out. 2019]. Disponível em <https://www1.eeoc.gov/employers/poster.cfm>.

no art. 26.º, 3, que trata da reserva, proteção na utilização da informação, identidade genética e não discriminação¹⁰⁶³.

Stela Barbas ressalta que o artigo 13.º da CRP, que consagra o princípio da igualdade, embora não se reporte diretamente à questão da discriminação em função do património genético, não exclui esta previsão, pois a enumeração dessa norma não é taxativa. Aduz que os direitos dos trabalhadores são objeto de uma particular proteção constitucional, como previstos nos artigos 58.º e 59.º, inclusive indicando que os trabalhadores não podem ser discriminados¹⁰⁶⁴.

João Nuno Zenha Martins¹⁰⁶⁵ afirma que o padrão de análise da questão será encontrado com base em um ponto referencial, que são os direitos fundamentais, e esses não são ilimitados. Para tanto, a solução buscada deve ser encontrada no quadro de unidade da Constituição, por via de uma tarefa prática, ou seja, a maximização da sua matriz “principiológica”, adotando-se o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ou proibição do excesso). Destaca o autor que a proibição absoluta da realização de testes genéticos pode atentar contra o direito à liberdade de iniciativa privada, o direito de propriedade e a autonomia privada. Entende que este posicionamento encontra respaldo na conjugação dos artigos 2.º, 3.º, 16.º, 17.º e 18.º da CRP. Todavia, também externa compreensão de que o “respeito à dignidade da pessoa humana é inatingível”.

Reportando-se à expressão de Bertrand Mathieu, João Leal Amado¹⁰⁶⁶ afirma que, sem dúvida, trata-se de um “direito em construção” que procura harmonizar todos os bens jurídicos à luz dos direitos fundamentais, de acordo com os ditames do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, citada acima. O mencionado doutrinador faz alusão, ainda, aos princípios da igualdade e da não discriminação, concluindo que o Estado democrático, encarregado de promover a ciência, “não poderá converter-se num Estado “ginocrático”, que utilize a despistagem genética (ou permita que esta seja utilizada) para fins incompatíveis com o respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁶³ XAVIER, Bernardo - O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord). **Estudos de Direito da Bioética**, p. 142. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2005.

¹⁰⁶⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 581. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

¹⁰⁶⁵ MARTINS, João Nuno Zenha - **O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?**, p. 63-65. Oeiras: Celta Editora, 2002..

¹⁰⁶⁶ AMADO, João Leal - Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório. In PEREIRA, André Dias [et al] (Coord.). **Direito da Saúde**. Vol. IV. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2016, p. 54-55.

A propósito, pertinente a lição de J.J. Gomes Canotilho acerca dos princípios da igualdade e igualdade de oportunidades¹⁰⁶⁷, ao sustentar que o princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de direito, mas também um princípio de Estado Social e um princípio de justiça social, o qual assume relevo como princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida. Assim, esta igualdade social – e de igual dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 13.º, 2, da CRP – funciona não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações – objetivas ou subjetivas –, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).

Importante destacar, a questão da duração do processo, grave problema, não apenas no Brasil, mas também em Portugal, o que se constitui em uma das mais relevantes causas de condenação dos Estados europeus pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Pedro Trovão do Rosário sustenta que “o direito a ‘uma decisão em prazo razoável mediante processo equitativo’”, objeto do artigo 20º, número 4, da CRP, “inspirou-se visivelmente no artigo 6º/1 da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, de 4 de novembro de 1950, ou referida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem”.¹⁰⁶⁸

Quanto à legislação infraconstitucional, informa Stela Barbas¹⁰⁶⁹ que, em data anterior à edição do novo Código de Trabalho, a Assembleia da República, em 12 de julho de 2001, aprovou as Resoluções n.ºs 47 e 48, nas quais é vedada a discriminação em razão do patrimônio genético¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 430.

¹⁰⁶⁸ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O recurso constitucional de amparo. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. [Em linha}. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 08 Jun 2022]. Disponível em [www:http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257aee0055e9bc?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257aee0055e9bc?OpenDocument).

¹⁰⁶⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 581. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

¹⁰⁷⁰ Destaca-se, da Resolução n.º 47, o pronunciamento da Assembleia da República, enunciando no n.º 2 os “princípios fundamentais para a defesa e salvaguarda da dignidade pessoal e da identidade genética”, destacando a “proibição de todas as formas de discriminação contra uma pessoa em virtude do seu patrimônio genético” (b), bem como a proibição da utilização, por entidades públicas e privadas, de qualquer informação genética “para efeitos de seleção adversa no que respeita ao exercício do direito do trabalho” (g). Dignas de registro, na Resolução n.º 48, as recomendações da Assembleia da República ao Governo, as quais estabelecem proibição expressa às entidades públicas e privadas do requerimento ou feitura de testes genéticos “como condição ou quesito para admissão, contratação ou concessão de benefícios por parte de todas as entidades empregadoras” (item V) e a proibição a todas as entidades públicas e privadas do uso de informações genéticas “para discriminar, limitar, segregar ou classificar os seus trabalhadores” (item VI).

Por sua vez, o Código de Trabalho assegura o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, que abrange o acesso e a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal do indivíduo, bem como a proteção dos dados pessoais do candidato a emprego ou trabalho, inclusive os relativos à sua saúde (artigos 16.º e 17.º). O artigo 19 veda a exigência pelo empregador, para efeito de admissão ou permanência no emprego, de realização ou apresentação de testes ou exames médicos de qualquer natureza. Vê-se, entretanto, que a segunda parte do n.º 1 admite a restrição ao princípio geral quando os exames médicos ou testes “tenham por finalidade a proteção e a segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem”¹⁰⁷¹. Stela Barbas relembra que este dispositivo está relacionado com o artigo 26.º da CRP, com o artigo 328.º do Código Suíço, com o artigo 4.º do Estatuto dos Trabalhadores espanhol, com outros dispositivos do Código Civil e, também, com o artigo 373-A da CLT (Brasil)¹⁰⁷².

O artigo 23 do Código de Trabalho – CTP vigente consagra disposições gerais sobre igualdade de oportunidades e não discriminação em matéria de emprego. O artigo 24.º, no n.º 1, assegura ao trabalhador ou candidato a emprego direito à igualdade de oportunidades e de tratamento e proibição de que seja prejudicado em razão de seu património genético. Por sua vez, o n.º 3, b, assegura que o disposto no n.º 1 não prejudica a aplicação de outras “disposições relativas à especial proteção de património genético [...]”. O artigo 25.º desse Texto, ao proibir a discriminação, direta ou indireta, em relação às disposições contidas no artigo 24.º, estabelece ainda algumas condições complementares e esclarecimentos.

A Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, normativo de extrema relevância à questão em debate, tem por objeto o “conceito de informação e de informação genética, a circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, bem como as regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeitos de testes genéticos ou de investigação”. Destacam-se, no referido normativo, no que diz respeito a esta pesquisa, os artigos 11 e 13. No artigo 11, os n.ºs 1 e 2, respectivamente, dispõem que “Ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético”, bem como ninguém pode ser discriminado em razão de testes genéticos.

O artigo 13 consagra relevantes comandos, conforme destacado anteriormente, a saber: a contratação de novos trabalhadores independe da realização ou resultados de testes

¹⁰⁷¹ QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder - **Código do trabalho**: anotado e comentado. 4.ª ed., p. 95-102; 104. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2016.

¹⁰⁷² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 583. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

genéticos; vedação às empresas de exigir a realização de exames ou a utilização de resultados anteriores, mesmo com o consentimento dos trabalhadores; a informação genética somente poderá ser utilizada se houver risco à saúde pública ou a outros trabalhadores; a utilização dos testes será sempre em prol do trabalhador e nunca em seu prejuízo, mediante consentimento informado e com aconselhamento genético apropriado; não haverá custos para o trabalhador e todo o processo deverá ser supervisionado por órgão independente e jamais pelo empregador.

1073

Esclareça-se, por oportuno, que a Lei n.º 12/2005 foi regulamentada pelo DL n.º 131, de 29 de agosto de 2014. Importante destacar que o artigo 4.º, n.º 1, ao relacionar as diretrizes a serem observadas na “recepção, tratamento e transmissão de informação genética, bem como a disponibilização, realização, interpretação e comercialização de testes genéticos”, reitera que o acesso à informação genética deve obedecer aos princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana e, também, que a informação genética não pode ser usada de forma que seja discriminatória ou que venha a conduzir à estigmatização da pessoa, do grupo ou de comunidades.

João Leal Amado, louvando-se também nos escólios de Gérard Lyon-Caen e Stela Barbas, ressalta que as normas mencionadas merecem, sem dúvida, fortes aplausos, embora não deixe de ser preocupante sua existência, “pois constituem um claro sintoma de que as práticas discriminatórias em função do patrimônio genético já estão aí, no terreno, e ameaçam generalizar-se”. Isso porque a lei, além de enunciar regra, também se constitui em sinal. E, quando a lei se insurge contra a discriminação baseada no patrimônio genético, é sinal de que esta discriminação é um fenômeno em expansão¹⁰⁷⁴.

De qualquer forma, deve-se reconhecer o empenho legislativo de Portugal em regulamentar a matéria, reconhecendo o potencial ofensivo e agressor das novas técnicas de biotecnologia na área genética.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, embora não se tenha encontrado nenhum julgado específico na seara trabalhista, tem se pronunciado de forma a considerar a inconstitucionalidade de dispositivos legais que dispõem sobre a possibilidade de realização de testes genéticos contra a vontade da pessoa, mesmo sem ferir ou afetar sua saúde¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ Anexo I. Legislação. Portugal. Lei n.º 12, de 26/01/2005.

¹⁰⁷⁴ AMADO, João Leal - Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório. In PEREIRA, André Dias [et al] (Coord.). **Direito da Saúde**. Vol. IV. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2016, p. 51.

¹⁰⁷⁵ Vejam-se os acórdãos que se seguem.

5.2.5 A doutrina, a legislação e a jurisprudência no Brasil

Impende destacar que não há, no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional federal brasileiro, comando expresso e direto para a proteção à intimidade genética, tal qual existe na legislação portuguesa, como, por exemplo, na CRP (artigo 26, n.º 3), que assegura a proteção da lei à dignidade pessoal, à identidade genética do ser humano, na criação, no desenvolvimento e utilização das tecnologias, bem como na experimentação científica.

Como se verá, no país existem diversos projetos de lei em nível federal que tratam sobre a matéria. Mas ainda inexistem falar em efetiva normatização concernente a testes genéticos. Apesar disso, é possível colher no arcabouço jurídico brasileiro, normatização que, de alguma maneira, sirva de parâmetro para se tratar adequadamente de questões ético-jurídicas que envolvam dados genéticos, em especial no que afeta mais diretamente o trabalhador.

De facto, da análise sistêmica de diversos comandos constitucionais, pode-se deduzir que há, de forma implícita, a promoção de proteção do patrimônio genético. Isso porque:

- a) os incisos III e IV do artigo 1.º estabelecem como princípios da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

1. Acórdão 155/2007 (Relator Conselheiro Gil Galvão), que tratou da realização de exame compulsório a fim de coletar amostra de saliva para análise genética contra a vontade do acusado, mesmo que seja realizado sem feri-lo ou sem afetar sua saúde, pode ser considerado ofensa à sua integridade física. O Tribunal decidiu: i) julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos n.ºs 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; ii) consequencialmente, julgar inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior. iii) Consequentemente, conceder provimento ao recurso e ordenar a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade que agora se formula. (In PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 155/2007**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.)

2. Com o mesmo entendimento, inclusive quanto aos termos da decisão, o Acórdão n.º 228/2007, tendo como Relatora a Conselheira Maria Fernanda Palma. (In PORTUGAL. DRE - Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 228/2007**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/2091697/details/maximized>.)

3. Por fim, o Acórdão 225/2018 (Relator Conselheiro Pedro Machete), que declarou a inconstitucionalidade de diversos artigos da Lei 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA), com a redação dada pelas Leis 17/2016 e 25/2016, e garantiu amplo acesso à identidade genética aos envolvidos no processo de gestação por substituição, mais ordinariamente conhecido no Brasil como “barriga de aluguel”. (In PORTUGAL. DRE - Diário da República Eletrónico. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 225/2018**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.)

- b) entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispõe o inciso IV do art. 3.º: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”;
- c) o *caput* do artigo 5.º assegura a todos a igualdade;
- d) o inciso X do artigo 5.º afirma que são invioláveis a intimidade e a vida privada;
- e) o inciso XLI do artigo 5.º prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”;
- f) o § 2.º do artigo 5.º dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;
- g) a inteligência do *caput* do artigo 7.º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”;
- h) o *caput* do artigo 170 sinala: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”;
- i) o artigo 225, *caput*, ao tratar do meio ambiente, impõe à coletividade e ao Poder Público o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Para assegurar o direito de que trata a cabeça deste preceito, estabelece o § 1.º, II, que o Poder Público deverá “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Quanto ao plano infraconstitucional, há de ser destacada a específica Lei n.º 4.141, de 26 de agosto de 2003¹⁰⁷⁶, do Estado do Rio de Janeiro, que aborda vários aspectos da privacidade genética, garante a inviolabilidade e imperscrutabilidade do patrimônio genético sob qualquer pretexto. Releve-se que, malgrado o *caput* do artigo 1.º assegure este direito “aos cidadãos”, seu parágrafo único faz referência expressa ao indivíduo, o que afasta qualquer interpretação restritiva, de forma que a norma não buscou retirar, mesmo porque

¹⁰⁷⁶ BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei n.º 4.141, de 26 de agosto de 2003.** [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/48446288c242133083256d910069d48e?OpenDocument>.

seria inconstitucional, o direito de proteção a qualquer pessoa. Ademais, ao longo do texto, a lei se refere à pessoa.

Além disso, a Lei assegura a impossibilidade de discriminação genética, sobretudo, no âmbito da relação de trabalho. Seu artigo 7.º, I, prevê às pessoas físicas ou jurídicas esta proibição: “I – Solicitar análises genéticas previamente para definir ou determinar qualquer espécie de contrato”.

Ademais, o seu artigo 8.º proíbe os empregadores de contratar ou despedir ou praticar qualquer espécie de discriminação relativa a indenização, oportunidade ou benefício em razão de informação genética do trabalhador ou membro de sua família, bem como solicitar informações sobre o patrimônio genético, seja do trabalhador ou de seu familiar¹⁰⁷⁷:

Como se nota, o dispositivo em lume trata dos dados genéticos do indivíduo, protegendo-o no período anterior à contratação e durante a manutenção do contrato. Não soa despropositado afirmar que a norma se dirige, também, a proteger o trabalhador após o término do contrato de trabalho. A questão, com certeza, amolda-se à proibição de qualquer forma de discriminação, detendo caráter exemplificativo.

Veja-se que o artigo 9.º veda a prática das condutas dispostas no artigo anterior, também, por agências de emprego, “assim como fazer, ou tentar fazer, com que um empregador discrimine uma pessoa violando a presente Lei”.

Dentro dessa relação, a confidencialidade do histórico médico do empregado é reforçada, impondo ao empregador responsabilidade pela violação desse princípio. Verifica-se, porém, que a norma apresenta hipóteses de limitação à confidencialidade, dispondo o parágrafo único do artigo 10 da Lei que o empregado poderá, de forma voluntária, prévia e expressamente, autorizar o acesso a seu acervo genético ou a seu histórico médico, assim como será possível liberar cópia de prontuário requisitado judicialmente para sua própria defesa¹⁰⁷⁸.

O artigo 15 possui estabelece que o Estado do Rio de Janeiro adota a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos como programa para regulação e interpretação das condutas relacionadas com as investigações sobre o genoma humano.

Perceba-se que a regulação da matéria, nessa especificidade, é apenas local.

¹⁰⁷⁷ Vide Anexo. Legislação. Brasil. Lei nº 4.141, de 26/8/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Destaca-se, por oportuno, a duvidosa constitucionalidade, por vício de iniciativa e origem, pelo menos quanto aos artigos 8.º, 9.º e 10 dessa Lei, diante do disposto no artigo 22, I, da CRFB que a competência é privativa da União – e não dos Estados - para legislar sobre Direito do Trabalho.

¹⁰⁷⁸ Anexo I. Legislação. Brasil. Lei nº 4.141, de 26/8/2003, do Estado do Rio de Janeiro.

A legislação brasileira, em nível federal, encontra-se aquém das exigências internacionais que regem a matéria, as normas insertas na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e na Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. De toda forma, recorrendo-se a uma sistemática interpretação, o operador jurídico encontra estofamento legislativo que possa orientá-lo no tratamento da matéria, tendo como pilar fundamental a dignidade humana, da qual se desdobram o direito à saúde (artigo 196 da CRFB), o direito ao livre exercício do trabalho ou profissão (artigo 5.º, inc. XVIII).

Nesse contexto, ressalta-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, embora seja silente sobre o mapeamento genético, apresenta artigos relacionados. Por exemplo, tome-se o artigo 168¹⁰⁷⁹, que impõe a empregados a submissão a exames médicos de admissão, demissão e periódicos. É forçoso assentar que a previsão contida nesse preceito não autoriza, nem por analogia, a realização de testes genéticos com o fito de apurar-se a propensão de a pessoa vir a desenvolver alguma doença. Conforme defende Roberto Camilo Leles Viana, testes de tal envergadura se destinam a obter informação acerca da atual saúde do trabalhador, e não a prever o estado de saúde futuro, ou seja, cuida-se de testes genéticos de diagnóstico, e não de prognóstico¹⁰⁸⁰. Mesmo que assim não fosse, à luz dos comandos constitucionais apontados, compreende-se que os testes genéticos de rastreio genético não estão abarcados pelo preceito Consolidado em exame.

Em idêntico raciocínio, também se insere a norma prevista no artigo 373-A da CLT, a qual veda “exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”.

Ainda nesse plano, a Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos de contratação ou de permanência da relação jurídica de trabalho. O normativo não apresenta específica previsão da matéria de que aqui se cuida, embora defina como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez e a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação à esterilização genética ou promoção do controle de natalidade.

Não se pode olvidar da importância da Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal e, no que

¹⁰⁷⁹ Anexo I. Legislação. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁰⁸⁰ VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?**, p. 58. São Paulo: LTr. 2014..

interessa a este trabalho, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. A denominada Lei da Biossegurança tem como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (artigo 1.º) e permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, sob a condição de que sejam viáveis e estejam congelados há pelo menos 3 (três) anos, exigindo, em qualquer caso, o consentimento dos genitores (artigo 5.º). O artigo 6.º dessa Lei proíbe, entre outras práticas, a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a clonagem humana.

De modo específico à relação do trabalho, a norma prevê a criação obrigatória de uma Comissão Interna de Biossegurança – CIBio em toda instituição que utilizar técnicas e métodos de engenharia genética ou realizar pesquisas com OGM e seus derivados (artigo 17), destacando que esta Comissão tem, entre outras, a atribuição de “manter informados os trabalhadores e demais membros da coletividade, quando suscetíveis de serem afetados pela atividade, sobre as questões relacionadas com a saúde e a segurança, bem como sobre os procedimentos em caso de acidentes” (artigo 18, inciso I).

Com vistas a regulamentar dispositivos dessa Lei, o Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005, autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias e tem por diretiva o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal e a observância do princípio da precaução.

Veja-se ainda a Lei n.º 12.654, de 28 de maio de 2012, que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Estabelece a Lei que os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (introduz o artigo 5.º-A na Lei n.º 12.037, de 1.º de outubro de 2009) e que as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos (§ 1.º do artigo 5.º-A da Lei n.º 12.037/2009)¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸¹ Necessário alertar que foi questionada a constitucionalidade do art. 9.º-A da Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), introduzido pela Lei n.º 12.654/2012. A matéria foi objeto de Recurso Extraordinário, tombado sob n.º 973.837, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecido sua repercussão geral, por unanimidade,

O § 2.º deste último dispositivo determina que os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos na lei ou em decisão judicial.

Nesse particular, Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer¹⁰⁸² apontam que as premissas dispostas nessa Lei têm despertado debates que envolvem contornos jurídicos voltados a questões como a obrigatoriedade de cessão de amostra biológica, a seletividade de crimes e criminosos¹⁰⁸³, além de contornos bioéticos no tocante à proteção das informações genéticas constantes dos perfis genéticos arquivados em bancos de dados.

Dentre outros normativos, pode ser citada a Resolução n.º 196, de 10 de outubro de 1996, do Ministério da Saúde, a qual apresenta diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas que envolvam seres humanos; a Resolução n.º 340, de 8 de julho de 2004, do mesmo órgão ministerial, que considera a necessidade de serem observados os riscos potenciais à saúde e a proteção dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e do respeito à dignidade humana na coleta, no processamento, no uso e na armazenamento de dados e materiais genéticos humanos; e, também, a Resolução n.º 466, de 12 de dezembro de 2012.

Essas Resoluções têm por base os documentos internacionais relacionados às descobertas científicas e tecnológicas dos séculos XX e XXI e fixam parâmetros para pesquisas genéticas, além de prever procedimentos para assegurar a confidencialidade e a privacidade, destacando que os dados genéticos resultantes de pesquisa associados a um indivíduo não podem ser divulgados ou ficar acessíveis a terceiros, a empregadores, empresas seguradoras e instituições de ensino, e tampouco devem ser fornecidos para cruzamento com

pelo Plenário Virtual daquela Corte. No recurso, foi alegado que a norma viola o princípio constitucional da não autoincriminação, e o artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Saliente-se que o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, frisou que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, traçar seu perfil genético, armazená-los em bancos de dados e fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Ressaltou o ministro a existência de julgados do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que registram que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada. Com o reconhecimento da repercussão geral, a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do RE, ficarão sobrestados nas demais instâncias. (In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310486070&ext=.pdf>).

¹⁰⁸² FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Libertação e Saúde do Trabalhador: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho**, p. 210-211. São Paulo: Ltr. 2016.

¹⁰⁸³ Anexo I. Legislação. Brasil. Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/07/1984).

outros dados para propósitos judiciais ou outros fins, exceto com o consentimento do sujeito da pesquisa, garantindo a não utilização das informações em prejuízo das pessoas e/ou das comunidades, inclusive em termos de autoestima, de prestígio e/ou económico-financeiro. Do mesmo modo, estabelecem que não haja discriminação de indivíduos, famílias ou grupos¹⁰⁸⁴
1085

Pertinente trazer a lume a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), conforme a redação dada pela Lei n.º 13.853, de 8 de julho de 2019. A Lei, alinhada com a regulação europeia de proteção de dados pessoais (Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, regulamenta a forma pela qual pessoas naturais e empresas públicas ou privadas utilizarão dados pessoais relacionados à pessoa física, identificada ou identificável. Pontue-se que este instrumento legislativo veda o uso indiscriminado de dados pessoais contidos em cadastros e garante ao cidadão o direito de estar ciente sobre como será feito o tratamento de suas informações e para qual finalidade específica elas serão usadas.

Sobre esta Lei, faz-se abordagem restrita, naquilo que mais se relaciona ao tema objeto deste trabalho.

De acordo com o artigo 2.º da Lei, são fundamentos da proteção de dados pessoais, o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento económico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

¹⁰⁸⁴ Merece menção, outrossim, a Resolução n.º 2.168, de 10 de novembro de 2017, do Conselho Federal de Medicina, a qual adota as normas éticas e assenta a necessidade de observância dos princípios bioéticos para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Como princípios gerais, prevê o respeito à autonomia da paciente, a obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido, a vedação de aplicação das referidas técnicas com a intenção de selecionar o sexo ou alguma outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças, assim como a vedação de fecundação de ovócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

¹⁰⁸⁵ Ainda, tome-se nota da Resolução n.º 9, de 13 de abril de 2018, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: “Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos”. Segundo seu texto, a técnica de coleta de sangue não deve ser utilizada para a obtenção do perfil genético (artigo 2.º, § 2.º), devendo o procedimento não ser invasivo e ser indolor e realizado mediante despacho da autoridade judicial (artigo 3.º). O tema aqui tratado está intrinsecamente relacionado com a Lei n.º 12.654/2012, objeto de arguição de constitucionalidade como se viu. (In LEX MAGISTER. BRASIL - Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Comitê Gestor da rede integrada de bancos de perfis genéticos. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx.)

A Lei determina que a empresa deve explicar ao proprietário da informação a razão pela qual vai usar algum dado, ficando condicionada a utilização ao consentimento prévio e expresso da pessoa, assim como a transferência de informações para outras empresas. Consigne-se que o § 4.º do artigo 7.º prevê a dispensa da exigência do consentimento prévio quando os dados se tornaram “manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei”. Ressalte-se que, mesmo no caso de dispensa do consentimento, aquele que trata da informação, ainda assim, estará obrigado a observar os demais direitos dos titulares de dados, os quais continuam igualmente exigíveis (§ 6.º do mesmo artigo).

Importante salientar que, ao lado da regra geral de tratamento de dados pessoais, a Lei fornece o conceito de dado pessoal sensível. Segundo seu artigo 5.º, II: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”¹⁰⁸⁶.

Assinala Ana Frazão que a razão da preocupação especial com os dados sensíveis diz respeito a assegurar não apenas a privacidade, mas também que tais dados não possam ser utilizados contra seus titulares, de modo a resultar em restrições ao acesso a bens, serviços e mesmo ao exercício de direitos¹⁰⁸⁷. Com apoio em Bussche e Voigt, a autora afirma que os dados pessoais sensíveis merecem proteção especial, na medida em que possibilitam conclusões a respeito de um indivíduo, e são relacionados aos seus direitos fundamentais e as suas liberdades, que podem ser colocados em risco pelo tratamento de dados. Nesse contexto, pode-se imaginar o potencial efeito deletério advindo do inadequado uso dos dados genéticos do trabalhador a partir, por exemplo, do conhecimento de suas características pelo empregador¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁶ Conforme se afirmou, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia cuida da mesma maneira do tema (art. 9.º, 1), porém apresenta as definições de dados genéticos, dados biométricos e dados relacionados à saúde do usuário (artigo 4.º, itens 13, 14 e 15, respectivamente).

¹⁰⁸⁷ FRAZÃO, Ana - Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. JOTA. **Tecnologia**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>.

¹⁰⁸⁸ Conforme o artigo 11 da Lei n.º 13.709/2018, nas hipóteses ali relacionadas, destaca-se o inciso II, que estabelece que haverá de ocorrer consentimento prévio da pessoa, dispensado, excepcionalmente, para certas situações: “a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em

Revela este normativo que, malgrado o direito à privacidade da pessoa não seja absoluto, ele deve ser resguardado, podendo ser utilizado em estritos casos.

Feita esta enumeração, conquanto não exaustiva, percebe-se que a produção legislativa brasileira ainda não cuidou especificamente do teste genético preditivo, no que se relaciona à relação de trabalho. Como se viu, legislação mais aproximada a este tema é a honrosa exceção promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Porém, cabe pontuar a existência de projetos de lei relacionados ao patrimônio genético e seus efeitos, como a possibilidade de discriminação oriunda de seu estudo¹⁰⁸⁹.

Por sua pertinência com o objetivo deste trabalho, cita-se o PL n.º 4.610/1998, que dispõe sobre a proteção da informação genética da pessoa, de forma a assegurar seu direito contra a discriminação em razão de suas características genéticas. O projeto tipifica seis crimes resultantes de discriminação genética (cobertura de seguro e plano de saúde, ingresso em instituições educacionais, concurso público, convívio social e divulgação de informações) e estabelece que a realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica e após aconselhamento genético por profissional habilitado.

Releve-se que os seguintes projetos de lei foram apensados ao já citado: PLS 149/1997¹⁰⁹⁰; PL 1.934/1999¹⁰⁹¹; PL 3.377/2000¹⁰⁹²; PL 4.900/1999¹⁰⁹³; PL

sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.

¹⁰⁸⁹ Até o mês de outubro de 2019, existiam 171 projetos dessa natureza. (In GHENTE.ORG - **Documentos jurídicos**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ghente.org/>).

¹⁰⁹⁰ Define os crimes resultantes de discriminação genética. (In BRASIL. Senado Federal. Secretaria Geral da Mesa. Atividade legislativa. **Projeto de Lei do Senado n.º 149, de 1997**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1456/pdf>).

¹⁰⁹¹ Autoriza o uso e a divulgação da ordem sequencial genética de seres humanos, na prevenção, diagnóstico e terapêutica de enfermidades, mas veda o uso e a sua divulgação para prática de atos discriminatórios, étnicos, raciais, trabalhistas, econômicos ou para atos de eugenia. Também estabelece que o conhecimento, o uso e a divulgação do método de mapeamento genético em seres humanos são de domínio público, podendo ser usados por qualquer laboratório ou instituição de pesquisa no território nacional. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹² Dispõe sobre a utilização e a pesquisa do código genético, estabelece que o genoma é privativo de todo organismo vivo, sendo mantidas sua individualidade e inviolabilidade como condição primordial para preservação de sua vida e dos princípios e valores éticos, morais e culturais. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹³ Dispõe sobre a proteção contra a discriminação da pessoa em razão da informação genética. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**.

4.661/2001¹⁰⁹⁴; PL 4.662/2001¹⁰⁹⁵; PL 7.373/2006¹⁰⁹⁶; PL 4.212/2008¹⁰⁹⁷; PL 4.215/2008¹⁰⁹⁸
PL 2.658/2015(1)¹⁰⁹⁹; e PL 2.888/2015¹¹⁰⁰.

Chama-se a atenção ao PL 7.373/2006, cuja numeração corresponde ao PL 231/2000 do Senado. Esta proposição acrescenta dispositivo à Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, artigo 14-A, com a seguinte redação: “É vedada a exigência de teste genético para detecção prévia de doenças”¹¹⁰¹.

[Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹⁴ Protege o código genético de cada ser humano, considerando o código genético individual como sigiloso e proibindo aos laboratórios e às clínicas o fornecimento de informações a seu respeito. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹⁵ Veda, em todo o território nacional, a exigência da apresentação do exame de ADN – Ácido Desoxirribonucleico: I - ao empregador, seja ele público ou privado, por ocasião da seleção e contratação de funcionários; II - às companhias de seguro em geral; III - às prestadoras de assistência médica e odontológica; IV - aos órgãos governamentais em geral; V - aos departamentos de adoção de menores; VI - às escolas públicas e privadas em todos os níveis. Ainda estabelece que aos beneficiados por uma ou mais dessas situações também será vedada a apresentação do exame de ADN para fins de obter vantagens sobre os demais. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹⁶ Acrescenta dispositivo à Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para coibir a exigência de realização de testes genéticos para detecção de doenças previamente ao ingresso nos planos ou seguros privados de assistência à saúde. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007).

¹⁰⁹⁷ Altera a redação do art. 1.º e do *caput* do art. 20, além de acrescentar o art. 15-A à Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Tipifica o crime de discriminação contra pessoa com predisposição genética ao desenvolvimento de doenças. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4.212/2008**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=414022>).

¹⁰⁹⁸ Altera a redação do art. 1º e do inciso I do art. 2º da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, para proibir a discriminação de pessoas em cujo DNA há predisposição a doenças. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4.215/2008**. [Em linha]. [Consult. 03 Jun 2022]. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei:pl:2008-10-30;4215>).

¹⁰⁹⁹ Altera a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para impedir a caracterização, como doença preexistente, de doença ou de malformação congênita e tornar obrigatórias a fundamentação e a comunicação, por escrito, da negativa de cobertura. (In BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2.658/2015**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=1671862>).

¹¹⁰⁰ Altera a Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que "dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde". (In BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 2.888/2015**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=1703887>).

¹¹⁰¹ Sobre esse projeto, Francisco Vieira de Lima Neto ressalta que o objetivo desse preceito é o de vedar que uma seguradora possa exigir a realização de teste genético que venha a detetar uma disposição genética para uma doença ainda não manifestada. Aponta o autor que, possibilitada sua realização, o teste avultar-se-ia cruel, pois o indivíduo analisado, crendo-se sadio, passa a ter ciência de que, em alguns anos, irá definhar e morrer, situação que fere o direito de uma pessoa permanecer

A análise desses projetos de lei permite afirmar que, conquanto numerosos, o tema precisa de maior aprofundamento, devendo esses projetos ser adequados às novas tecnologias e moldados aos diversos diplomas jurídicos que têm o condão de direcionar a discussão sob o viés ético. Comunga-se das assertivas de Ana Paula Rodrigues Luz Faria e Elda Coelho de Azevedo Businguer, lastreadas em Schiocchet, de que as diversas propostas legislativas, em sua quase totalidade, são debatidas sem a participação popular e distanciadas das discussões éticas e jurídicas atuais, não havendo percepção dos avanços obtidos no cenário internacional¹¹⁰².

Acrescenta Fábio Goulart Villela que o avanço no campo da medicina preditiva já se tornou uma realidade incontestável, razão pela qual cabe a análise dos desafios que se apresentam em decorrência desse fenômeno, a necessidade de construção de balizamentos éticos e jurídicos a fim de que este tão celebrado progresso científico não seja responsável pela coisificação do ser humano¹¹⁰³.

Bem por isso e malgrado as disposições legais e regulamentares citadas, não há julgados no Brasil (desconhece-se até o momento) que tenham resolvido, diretamente, demanda que tenha por causa de pedir a proteção do patrimônio genético sob a temática discriminatória resultante do estudo do genoma humano. Especula-se que esta omissão seja consequência da ausência de aprovação de normativos específicos, não se desconsiderando, porém, que eventuais causas judiciais serão apreciadas à luz desses instrumentos legais. Como se disse, eles podem ser aplicados internamente. De qualquer forma, a solução do caso deve se dar sob a perspectiva da tutela da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos fundamentais.

Embora a jurisprudência não tenha tratado do tema de modo direto, apresentam-se algumas decisões que se reportam ao tema, se relacionado à matéria.

No processo n.º RO-213-66.2017.5.08.0000, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho manteve a nulidade de cláusula coletiva

ignorante em relação a esta sua condição. O autor acredita que esse projeto de lei não pretende assegurar a cobertura de doenças preexistentes, mas, com vistas à sua adequação ao arcabouço internacional de proteção da dignidade humana, propõe, com o que se comunga, a seguinte redação para o mencionado dispositivo: “Art. 14-A. É vedada a exigência de teste genético preditivo de doença ainda não manifestada”. (In LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade, p. 120-121. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

¹¹⁰² FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da Liberação e Saúde do Trabalhador**: a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações do trabalho, p. 218-219. São Paulo: Ltr, 2016.

¹¹⁰³ VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**, p. 116. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

que previa a obrigatoriedade da informação sobre a Classificação Internacional de Doenças (CID) como requisito para a validade do atestado médico e para o abono de faltas para empregados. A Superior Corte Trabalhista entendeu que esta exigência, por norma coletiva, obrigaria o trabalhador a divulgar informação acerca de seu estado de saúde. Isso violaria o direito constitucional à intimidade e à privacidade, além de ferir a ética profissional médica, o que violaria garantias constitucionais. Este julgado declarou, no entanto, que o empregador tem o direito de ser informado sobre moléstias que acometem o empregado.

A relatora do acórdão, Ministra Kátia Magalhães Arruda, remetendo-se ao decidido no processo RO-480-32.2014.5.12.0000 da mesma Corte, assentou que ao empregador cabe avaliar se a doença inviabiliza a modalidade laboral na qual se ativa o empregado, condição que não fere o texto constitucional. Sinale-se que, no julgado a que se referiu a relatora, firmou-se o entendimento de que qualquer conduta do empregador relativa ao afastamento do empregado, inclusive para contestá-lo, deverá ser feita por meio de seu corpo médico ou de perito especializado na matéria, conforme previsto no § 3.º do art. 6.º da Resolução n.º 1.658/2002 do CFM¹¹⁰⁴.

Na esteira da compreensão do julgado em destaque, é relevante acentuar que assiste ao empregado o direito à intimidade e a ele não se sobrepõem os interesses econômicos do empregador. Embora se possa conceber, de forma justa e racional, que o empregador seja cientificado do estado de saúde do empregado, em casos como de proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros ou, ainda, quando a especificidade da atividade laboral o exigir, o resultado do exame deve ser obtido pelo laborista, quando se trata de informação genética. Frisa-se: os dados obtidos não devem ser usados indiscriminadamente ou para fins de discriminação e devem ser avaliados por intermédio de profissional habilitado para tanto.

5.3 Testes genéticos, monitorização, discriminação no mundo do trabalho

No âmbito da relação de trabalho, é imperativo, por variados interesses, que o empregador diligencie quanto à proteção, à prevenção e à recuperação da saúde e da integridade do trabalhador, ao tempo em que direciona ao laborista o dever de se submeter aos exames médicos em relação a esta matéria.

¹¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário 0000213-66.2017.5.08.0000**. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. Acórdão publicado no DEJT de 11 de março de 2019. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=213&digitoTst=66&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0000&submit=Consultar>.

Essa conclusão é extraída dos diversos normativos aplicáveis ao tema em estudo.

No âmbito internacional, a Convenção n.º 155 da OIT¹¹⁰⁵, relativa à segurança, à saúde dos trabalhadores e ao ambiente de trabalho, dispõe, em seu artigo 13, que o trabalhador seja retirado de uma situação de trabalho que represente perigo iminente e grave para a sua vida ou para a sua saúde, devendo ser protegido contra consequências injustificadas por este motivo, estabelecendo o artigo 16 obrigações dirigidas aos empregadores quanto à adoção de equipamentos de proteção apropriados. Os artigos 19 e 20 estimulam o espírito de cooperação entre empregadores e trabalhadores ou seus representantes como elemento essencial das medidas necessárias à segurança e à saúde no meio ambiente de trabalho.

Colhe-se no Brasil, em sua Constituição Federal, a ligação entre o direito à saúde, o direito à vida e o princípio da dignidade humana (artigo 1.º, inc. III, c/c artigos 6.º e 7.º), conferindo o Texto Fundamental, como princípio geral da atividade econômica, *caput* do artigo 170, a valorização do trabalho humano para a finalidade de assegurar a todos existência digna.

A Consolidação das Leis do Trabalho destina um capítulo que trata da Segurança e Medicina do Trabalho, apresentando dispositivos que estipulam a observância, em todos os locais de trabalho, de proteção, prevenção e recuperação da saúde e a segurança do trabalhador. Vale destacar que, nesses termos, cabe ao empregador “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (artigo 157, inc. I) e ao empregado, “observar as normas de segurança e medicina do trabalho” e “colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo” (artigo 158, incs. I e II), devendo ser salientado que o laborista poderá ser punido, em virtude da inobservância das instruções expedidas pelo empregador, assim como pela recusa ao uso dos equipamentos de proteção individual (art. 158, parágrafo único, da CLT).

Em Portugal¹¹⁰⁶, a Constituição da República também tem previsão de direito de todos os trabalhadores à prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde (artigo 59.º, 1, c).

¹¹⁰⁵ Adotada pelo Brasil, mediante o Decreto Legislativo n.º 2, de 17 de março de 1992, e pelo Decreto Presidencial n.º 1.254, de 29 de setembro de 1994; em Portugal, por meio do Decreto do Governo n.º 1/85, de 16 de janeiro.

¹¹⁰⁶ Ressalta Flávio Luiz da Costa que Portugal é signatário de tratados internacionais que estimulam a proteção à saúde e à segurança no trabalho como desiderato a ser perseguido progressivamente, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as Convenções n.º 155 e n.º 161 da OIT. Salienta: “Já no âmbito comunitário europeu, constituem ainda fontes jurídicas internacionais de Portugal a Carta Social Europeia, de 1961, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, e a Directiva-Quadro do Conselho Europeu n.º 89/391/CEE, de 1989. A primeira traz diversas disposições

Nesse contexto, o artigo 64.º, 1, 2, “b”, trata do direito à saúde, garantido, entre outros fatores, mediante a melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho.

Por sua vez, o Código do Trabalho de Portugal, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, enumera os princípios gerais em matéria de segurança e saúde no trabalho¹¹⁰⁷.

No tocante à realização de testes e exames ocupacionais, assente-se que a legislação interna dos dois países regista a necessidade de procedimentos em tal situação. Advirta-se que, no Brasil, exames são obrigatórios, enquanto, em Portugal, há vedação geral nesse contexto, à exceção naquilo que se relacionem à segurança, proteção e saúde no trabalho.

Veja-se.

A Consolidação das Leis do Trabalho, como medida preventiva de medicina do trabalho, firma a obrigatoriedade de exames médicos, por conta do empregador, na admissão e na dispensa do empregado e periodicamente (artigo 168, incs. I, II e III), não se olvidando a possibilidade da exigência de outros exames complementares “para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer” (§ 2.º do mesmo preceito).

Como visto no tópico 5.2.4 deste Capítulo, o artigo 19.º do Código do Trabalho português veda que sejam realizados exames médicos ocupacionais para fins de contratação de candidato ou manutenção de emprego, autorizando a análise, porém, quando se conectem à segurança e saúde no trabalho.

Saliente-se que, nos termos do artigo 284.º desse Código, a Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, que cuida do regime jurídico de promoção da segurança e saúde no trabalho, em seu art. 108.º, obriga o empregador a promover a realização de exames de saúde para a finalidade de comprovar e avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício de qualquer atividade. De acordo com o n.º 3 desse artigo, devem ser realizados exames de saúde na admissão (antes do início da prestação de trabalho ou, se a urgência da admissão o justificar, nos 15 dias seguintes); periódicos (anuais para os menores e para os trabalhadores com idade superior a 50 anos, e de 2 em 2 anos para os restantes trabalhadores);

específicas quanto ao direito à saúde e segurança no trabalho, a exemplo da Parte I, item 3, art. 3º e Artigo 11º. A segunda estabelece o dever de proteção da saúde e da segurança no meio laboral a partir de medidas adequadas, na forma do art. 19º. Por fim, a Directiva-Quadro do Conselho nº 89/391/CEE, de 1989, pugna pela aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho”. (In COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do empregador conhecer a identidade genética do empregado**. Tese de Doutoramento em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2019. p. 180).

¹¹⁰⁷ Anexo I. Legislação. Portugal. Código de Trabalho.

e ocasionais (sempre que haja alterações substanciais nos componentes materiais de trabalho que possam ter repercussão nociva na saúde do trabalhador, bem como no caso de regresso ao trabalho depois de uma ausência superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente”.

Ante este arcabouço jurídico, questão polêmica diz respeito à possibilidade ou não de o empregador poder exigir do trabalhador a realização de testes genéticos e, se positivo, se o laborista tem o dever de revelar a informação obtida.

Certifique-se, todavia, que, para a preservação do meio ambiente de trabalho, visto sob o prisma da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a distinção entre os exames médicos exigidos pelo empregador, destinados à concretização da medicina do trabalho, e os testes genéticos destinados à seleção para admissão, promoção ou outra medida no curso do contrato de trabalho, bem como para despedimento dos empregados.

A doutrina classifica os testes preditivos no contexto da relação laboral da seguinte maneira: monitorização genética e seleção genética¹¹⁰⁸.

Stela Barbas afirma que a monitorização se destina a detetar eventuais efeitos geno tóxicos de substâncias ou outros fatores ambientais existentes no local de trabalho, entre eles, ruídos e radiações ionizantes, agentes químicos danosos à saúde (cancerígenos, amianto, chumbo, atmosfera explosiva) ou agentes biológicos (organismos geneticamente modificados). Objetiva-se, portanto, avaliar o surgimento ou a redução de doenças causadas por mutações genéticas relacionadas com o ambiente laboral.

Por sua vez, a seleção se dirige a identificar características hereditárias dos trabalhadores ou candidatos a emprego. Em outros termos, refere-se “ao uso de um teste científico para determinar se uma pessoa possui determinadas formas variantes de um ou mais genes em seu genoma”, conforme definem Alexandre Valle Piovesan e Raphael Miziara¹¹⁰⁹.

Nos testes genéticos, ressalta Bernardo Xavier¹¹¹⁰, devem-se distinguir aqueles que envolvem um diagnóstico certo dos denominados testes de prognóstico, que são os que revelam uma probabilidade futura. Impende diferenciar, ainda nestes últimos, aqueles que possuem correlação com a função, a organização e o meio ambiente de trabalho daqueles que apontam para uma futura incapacitação e são estranhos aos fatores laborais.

¹¹⁰⁸ Remete-se o leitor para o Capítulo 4, Parte III, em que se definiu, com apoio em Stela Barbas, que rastreamento e teste genético não se confundem.

¹¹⁰⁹ PIOVESAN, Alexandre Valle; MIZIARA, Raphael - O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. [Consult. 5 Nov. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral/1>.

¹¹¹⁰ XAVIER, Bernardo - O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**, p. 156-157. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2005.

Percebe-se, pois, que o uso de teste de sequenciamento genético apresenta-se como fator a ser utilizado para a seleção de candidato a emprego e a manutenção ou não do contrato de trabalho.

Como se tem abordado, os dados obtidos podem, assim, abrir a possibilidade de uma nova forma de discriminação, qual seja, a discriminação genética¹¹¹¹, conduta que não decorreria do atual estado da saúde do trabalhador, mas derivaria de uma mera predição de doenças, que poderiam não se manifestar. Note-se que, no que se refere às doenças génicas, observa-se que a questão genética é um mero fator de risco como outro qualquer.

Destacam Ariadna Fernandes Silva e Eduardo Rocha Dias que a informação obtida por meio dos testes genéticos pode acarretar discriminação, na medida em que esses testes possibilitam a procura e a localização de “mutações genéticas que aumentam os riscos para o desenvolvimento de certas doenças. Tais informações geradas pelos respetivos exames genéticos são passíveis de utilização em casos de contratação ou promoção no âmbito profissional”.¹¹¹²

Não se olvida que a informação genética é objeto de interesses de vários setores envolvidos, havendo aspetos positivos que a ela se relacionam.

Conforme Stela Barbás, a monitorização interessa à saúde do trabalhador e ao dever do empregador e da sociedade em promovê-la¹¹¹³.

Entretanto, adverte: o laborista deve estar esclarecido dessa situação, mas, se ainda assim não concordar com os testes, a sua vontade deve ser respeitada e não deve perder o emprego por este motivo¹¹¹⁴. Ressalta que a boa-fé é um elemento que deve prevalecer no contrato de trabalho, pois este requisito se traduz no “dever de agir segundo um

¹¹¹¹ No capítulo anterior, (Parte III, Capítulo 4) item 4.6.3, foram apresentadas considerações sobre discriminação genómica, bem como sua definição.

¹¹¹² SILVA, Ariadna Fernandes; DIAS, Eduardo Rocha – Discriminação genética nas relações de trabalho: violação aos direitos da personalidade do trabalhador. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 7 (2021), N.º 4 – p. 155-198. [Em linha]. [Consult. 29 mai 2022]. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-7-2021-n-4/216>.

¹¹¹³ A autora destaca o direito de a entidade patronal, com espeque no artigo 19.º do CT, exigir do candidato ao emprego os exames necessários, quando particulares exigências inerentes à atividade a ser exercida o justificarem. Outrossim, salienta que, de uma maneira geral, o exame do genoma humano possibilitará todo um conjunto de melhorias significativas na área do direito laboral, como: a) assegurar que o trabalhador está em boas condições de saúde para realizar os seus deveres; b) prevenir faltas e correlativas consequências; c) evitar encargos que se venham a demonstrar inúteis na especialização do trabalhador; d) limitar as despesas de saúde e subsídios de invalidez ou morte; e) impedir que as predisposições genéticas do trabalhador sejam agravadas em virtude de condições específicas da sua atividade profissional; e f) reduzir o risco de danos provocados a terceiros causados por acidentes de trabalho decorrentes do estado de saúde do trabalhador. Por seu turno, continua, o Estado tem um interesse geral em assegurar adequada prevenção e proteção no campo da saúde ocupacional.

¹¹¹⁴ BARBÁS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 571-572. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

comportamento de lealdade e correção que tem por fim contribuir para a realização dos interesses legítimos que as partes pretendem obter com a celebração do contrato”. Ainda assenta que se deve assegurar o direito dos trabalhadores que padeçam de doenças monogênicas – mesmo que ainda sem cura – de ingressarem ou permanecerem no emprego até o momento em que a enfermidade impossibilite o exercício regular da relação laboral, desde que não ponha em risco a sua própria saúde ou a de terceiros¹¹¹⁵.

Bernardo da Gama Lobo Xavier aduz que, conquanto não possam substituir a necessária aplicação das normas de higiene e segurança, o exame genético possui papel decisivo em termos de segurança do trabalho, se estiver vinculado aos especiais riscos de determinadas atividades¹¹¹⁶.

Luis Acher, questionando se é ético que se exijam e se utilizem os dados de análise genéticas de seus empregados efetivos ou potenciais, ressalta que os empregadores podem estar interessados no diagnóstico pré-sintomático de doenças de manifestação tardia que possam vir a diminuir o tempo de atividade útil dos candidatos ao emprego; na deteção de genes determinantes de suscetibilidade a certos materiais específicos usados no trabalho; e em análises que determinem se há causa genética em doenças surgidas entre os trabalhadores. Pondera que, nesse contexto, reside um interesse social empresarial¹¹¹⁷.

Feitas essas considerações e mesmo ciente dos fatores positivos que envolvem a questão, defende-se – como se tem feito neste trabalho – que a monitorização só se justifica em prol da saúde do trabalhador, isto é, em razão de imperiosa necessidade de se tutelar a saúde e a segurança de terceiros, entre eles companheiros de trabalho, clientes da empresa e usuários dos serviços prestados ou, ainda, quando a especificidade da atividade laboral o exigir. Isso, reitere-se, se assim o entender livremente o empregado e se não sofrer nenhuma retaliação caso não concorde. Exemplos a justificar essas medidas seriam o exercício das atividades de pilotos de avião, motoristas de transportes públicos e veículos escolares, dos responsáveis pelo controle de tráfego aéreo, vigilância de instalações perigosas e outros similares.

¹¹¹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 585-592. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

¹¹¹⁶ XAVIER, Bernardo - O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de Direito da Bioética**, p. 156-157. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2005.

¹¹¹⁷ ARCHER, Luís - Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Revista Acta Médica Portuguesa**. [Em linha]. Ética em Saúde e Investigação. II Série, v. 5, n.º 3 (Mar. 1992), p. 139-145. [Consult. 7 Nov. 2019]. Disponível em <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/3213/2552>.

Para essas situações excepcionais, assim como entende João Leal Amado¹¹¹⁸, é necessário um apertado conjunto de garantias procedimentais, entre elas o consentimento esclarecido do trabalhador, a salvaguarda da confidencialidade dos dados, a criação de um organismo independente que certifique a “robustez genética” do trabalhador, limitando-se esta entidade a cientificar o empregador acerca da aptidão genética ou não do trabalhador, para o exercício daquela atividade, conforme o disposto nos artigos 17, n.º 2, e 19, n.º 3, do Código do Trabalho.

Nesse contexto, a despeito dos benefícios que possam proporcionar os testes genéticos e mesmo se vislumbrando a possibilidade de restrição de direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho, não se pode afastar a premissa de que a realização de análise genética implica sério risco de violação dos direitos fundamentais do trabalhador, parte mais fraca, sem dúvidas, dessa relação.

Elaine Noronha Nassif¹¹¹⁹ relembra que hoje, nas relações laborais, são comuns as violações de direitos de personalidade, sob as mais variadas espécies, ensejando crescente número de ações trabalhistas com pedidos de indenizações por danos morais. Assevera, ainda, que, no Brasil, a discriminação pré-contratual, excludente, é comum em relação a sexo, cor, estado civil, beleza, quantidade de filhos, religião e outras. Entretanto, ressalta que a novidade que se pretende cogitar é a utilização de informações genéticas para recrutamento, seleção e contratação de pessoal¹¹²⁰.

Na forma como adverte Stela Barbas¹¹²¹, o novo eugenismo é mais sutil, pois a era genómica facilita a escolha de características desejadas para os filhos, pela manipulação do genoma humano. E essas características “fabricadas”, numa sociedade altamente competitiva, se converterão num critério de hierarquia social. Diga-se que a previsibilidade, antes mesmo do nascimento, de como se processará o desenvolvimento futuro de um organismo humano levará a pressões oriundas da sociedade, inclusive das entidades patronais, para a seleção de seus trabalhadores.

¹¹¹⁸ AMADO, João Leal - Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório. In LOUREIRO André Dias Pereira; BARBOSA, Carla (Coord.). **Direito da Saúde**. Vol. IV. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2016, p. 52-54.

¹¹¹⁹ NASSIF, Elaine Noronha - Genética e Discriminação no trabalho: uma cogitação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região**, p. 109. Jul/dez 1999.

¹¹²⁰ Refere que “nessa espécie de recrutamento nenhuma entrevista terá que ser realizada nem questionários terão que ser respondidos. O resultado de um exame genético será o *curriculum vitae* ou o passaporte para uma vida excluída da sociedade ou de certos grupos dela”. Ainda, a citada autora pontua “que a genética pode despertar a máxima de Taylor de que existe um homem certo para cada tipo de trabalho”. Ora, ou prevalecem os princípios éticos, ou, fatalmente, a programação da sociedade e da massa de trabalhadores estará em um tubo de ensaio.

¹¹²¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 316. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

Acima de qualquer interesse econômico está o sagrado direito de todo ser humano preservar e manter sua identidade biológica e o seu patrimônio genético, não obstante todos os avanços da tecnologia. Os limites da dignidade da pessoa humana – em qualquer seara, inclusive e com destaque nas relações laborais – não podem ser ultrapassados.

Portanto, é dever dos operadores do Direito do Trabalho, aplicando os princípios fundamentais emanados dos diplomas de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais positivados, não permitir, sob nenhum pretexto, a manipulação genética com o desiderato da criação do trabalhador perfeito, uma vez que isso implicaria reprovável atitude ética e acarretaria profundas discriminações para os “trabalhadores imperfeitos” que ficariam marginalizados, como párias sociais.

Que queremos nas relações de trabalho e na sociedade? Será que queremos repetir a história e os crimes pelos quais a humanidade foi vitimada durante a Segunda Guerra Mundial, com o mito da superioridade do homem ariano? Parafraseando Stela Barbas¹¹²², será que estamos a caminhar para que, de um lado, haja novos homens, ou melhor, super-homens, produzidos pela engenharia genética, belos fortes e inteligentes; e, do outro lado, homens tidos como infra-humanos para servir aos super-homens?

A resposta não pode ser positiva.

Assim é que, em vista da proteção à dignidade da pessoa humana e, por derivação, dos desdobramentos do direito da personalidade – privacidade, não discriminação, igualdade de oportunidades, identidade genética do ser humano (artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa) –, é necessário que sejam demarcados limites à ingerência do empregador sobre as informações genéticas do trabalhador.

¹¹²² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**, p. 319. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011.

Considerações finais

As principais premissas que sustentarão as considerações finais desta pesquisa não podem prescindir da análise do conjunto das conquistas civilizatórias objeto dos avanços alcançados por meio de normativos (internacionais, regionais e nacionais) e da cultura de cada povo, em prol da dignidade da pessoa humana, sejam tais conquistas rotuladas de direitos humanos, de direitos fundamentais ou de direitos da personalidade. Destaca-se que esses avanços são os pilares que sustentarão estas considerações, sem prejuízo de outras importantes manifestações objeto de diversos estudos alusivos ao mesmo tema.

Todos os avanços civilizatórios citados na seara do Direito do Trabalho, e com recorte específico nesta pesquisa, encontram sérias barreiras nos aspectos negativos do fenômeno da globalização, com as contínuas e vertiginosas mudanças nos campos econômico, social e político e com a potencialização das desigualdades, o que acirra a competição no mercado de trabalho e amplia a exclusão social dos que buscam ser competitivos, mas não conseguem e, também, daqueles cujas predisposições genéticas apontam pelo possível – e nem sempre confirmado – diagnóstico das dificuldades e/ou da deficiência em sua saúde.

O desafio maior consiste em que a festejada bandeira da igualdade de oportunidades entre as pessoas saia do campo formal para a igualdade material, substantiva, efetiva e real entre os seres humanos, inclusive em seus ambientes de trabalho. O ser humano deve ser tratado – sem nenhuma exceção – como sujeito de direito, e sua dignidade jamais pode ser apequenada ou trocada por qualquer outro valor, inclusive de natureza econômica. Assim, o princípio da igualdade deve ser entendido em dimensão tetra dimensional, ou seja, redistributiva, de reconhecimento, transformadora e participativa, que se relacionam entre si, cada qual almejando alcançar um objetivo.

No âmbito das relações laborais, o respeito à dignidade da pessoa humana jamais virá como concessão gratuita. Ao contrário, será sempre fruto de embates e conquistas diuturnos dos trabalhadores, na defesa dos seus direitos humanos, fundamentais e de personalidade. Assim, os mecanismos de proteção à dignidade dos trabalhadores não podem ser estáticos, pois estão sujeitos às mutações que permeiam as relações laborais.

Considerando as desigualdades existentes na relação laboral, com destaque para a desigualdade econômica, como regra existentes entre o trabalhador e o seu empregador, o princípio tutelar ou da proteção nada mais é do que a incessante busca da igualdade jurídica e substancial entre as partes, que só será alcançada mediante a criação de desigualdades que venham a nivelar e equilibrar esta relação. Os seres humanos não são homogêneos, possuem

suas diferenças e elas devem ser respeitadas. As tentativas hodiernas de flexibilização – leia-se abandono – desse princípio põem em sério risco este equilíbrio e empurra o trabalhador para uma condição de servidão da qual já havia se libertado há mais de um século. Trata-se, sem dúvida, de perigoso retrocesso civilizatório.

Em meio aos componentes dessa complexa equação (avanços tecnológicos; globalização; capitalismo financeiro e selvagem; desequilíbrios sociais e econômicos *versus* conquistas civilizatórias – os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, inclusive o direito à igualdade de oportunidades no trabalho), encontram-se os progressos da engenharia e dos testes genéticos, que podem ser benéficos a toda a humanidade, mas também podem ensejar a afronta aos direitos de personalidade, a indevida e a perniciosa intromissão da intimidade, a agressão à dignidade do ser humano e a discriminação no mundo do trabalho.

Imbrincado com os direitos da personalidade, o princípio da igualdade, sob o prisma da igualdade de oportunidades, segundo o magistério – que ora se endossa – de J.J. Gomes Canotilho, “pode e deve considerar-se um princípio de justiça social”, connexionando-se com uma política de justiça social, além de ser inerente à ideia de igual dignidade social e da pessoa humana (CRP, art. 13.º, n.º 2), funcionando, ainda, com fundamento antropológico-axiológico contra as discriminações, sejam elas objetivas ou subjetivas, e como princípio constitucional impositivo de compensação de desigualdades de oportunidades. Trata-se, portanto, de um princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional, o qual se conecta com o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem privada, ou seja, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹¹²³.

O direito positivado nas Constituições de diversos países, e aqui citam-se apenas Portugal e Brasil, preconizam a proteção contra a discriminação. O art. 26.º da CRP (1976) assegura o direito “[...] à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção contra quaisquer formas de discriminação”. Por sua vez, a CRFB (1988) erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República (artigo 1.º, III), apontando, entre os objetivos fundamentais, a estruturação da sociedade para que seja livre, justa e solidária, na busca da redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, a ausência de preconceitos e de “quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).

Assim, no Estado Constitucional e Democrático de Direito, diante da perspectiva da sociedade contemporânea, a ideia de igualdade deve ser concebida como uma concretização da ideia de justiça social, superando-se o conceito de igualdade formal que

¹¹²³ CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 430-432. 7.ª ed. 16.ª reimp. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2003.

vigorou no Estado Liberal e que gerou profundas injustiças, exploração e completa ausência de fraternidade, tornando-se critério de exclusão social.

O corolário lógico do respeito do princípio da igualdade é a proibição da discriminação. Relembre-se, por oportuno, o artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para a qual a não discriminação, em conjunto com a igualdade, são elementos básicos indispensáveis à proteção dos direitos humanos. Enquanto o princípio da igualdade pressupõe, de certa forma, um dever de agir, o princípio da não discriminação, salvo uma razão lógica para a não aplicação do princípio da igualdade, pressupõe uma ideia proibitiva.

A proibição e a proteção contra quaisquer formas de discriminação – inclusive a discriminação no trabalho e particularmente a discriminação que pode derivar da realização e utilização de testes genéticos – encontram respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja concretude e eficácia dependem de elementos essenciais, tais como a universalidade inclusiva, a igual dignidade, a igualdade substantiva de direitos, a autodeterminação com liberdade plena, a limitação imposta à autodeterminação (quando avilte à dignidade humana), e o respeito recíproco entre todas as pessoas, inclusive com a ação estatal que propicie o progresso social e a busca por melhores condições de vida.

Em Portugal, a tutela desse instituto concretiza-se com base no princípio constitucional da não discriminação, de que trata o artigo 13.º da CRP. No plano infraconstitucional, encontram-se diversos documentos que cuidam de agenda específica de promoção da igualdade de oportunidades e de proteção à discriminação na relação laboral. Ressalta-se que o Código de Trabalho de Portugal (artigos 23.º a 32.º), ao tratar do tema, descreve os fatores que ensejam a discriminação (artigo 24.º, n.º 1), proibindo o empregador da prática de qualquer desses fatores, tornando-os inválidos e classificando-os como violação muito grave (artigo 25.º, n.ºs 1, 7 e 8). Também o artigo 8º da CRP assegura a subordinação do sistema jurídico português às normas de direito internacional.

No Brasil, no âmbito constitucional, embora a CRFB não conceitue a discriminação, reforça os dispositivos (infraconstitucionais) de tais normas, elevando vários deles ao *status* constitucional. Isso porque estabelece como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a não discriminação e a igualdade, prevendo, em seu art. 3.º, como objetivos fundamentais da República, entre outros, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 7.º, no tocante aos trabalhadores, também consagra dispositivos que vedam a discriminação, embora alguns de forma indireta.

Na esfera infraconstitucional, o art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), assegura a igualdade de retribuição de trabalho de igual valor. Diversas outras leis tratam da matéria, com especial destaque à Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, que em seu artigo 1º encerra o conceito do ato discriminatório com base em seu resultado, refutando qualquer prática discriminatória no âmbito trabalhista, direta ou indireta.

Outra consideração importante, diante da possibilidade da exigência e da utilização dos resultados de testes genéticos dos trabalhadores pelo empregador, é a afronta ao princípio da intimidade, que deve permear as relações laborais. No mundo do trabalho hodierno, são comuns as ameaças e violações à igualdade de oportunidades nas relações laborais, mediante ações invasivas praticadas pelos empregadores na seara da vida privada e da intimidade dos trabalhadores.

Assim, externa-se entendimento conclusivo de que o artigo 19.º, n.º 1, do CTP, ao vedar a exigência “a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas [...]”, contempla também a hipótese da exigência de testes genéticos. Cite-se também o art. 114.º do CTP, que admite a possibilidade de que o empregado forneça informações falsas ao empregador, quando lhe são exigidos dados pessoais que possam prejudicá-lo.

Entretanto, no Brasil, ao contrário do que ocorre em Portugal, não obstante o inciso X do artigo 5.º da CRFB dispor que “são invioláveis, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”, o legislador infraconstitucional tem sido muito tímido para dar concretude, no âmbito legislativo do Direito do Trabalho, a essas garantias constitucionais. Também a Consolidação das Leis do Trabalho é escassa nessa seara. Assim, há de se socorrer do artigo 8.º, *caput* e § 1.º, da referida CLT, de modo a se suprir a falta de disposições legais ou contratuais mediante a aplicação da “analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Nesse contexto, também deve ser ressaltada a importância da responsabilidade social das empresas. As organizações empresariais não podem se limitar a uma visão estritamente legalista a embasar a busca de lucro. Isso porque, para além da natural busca pelo lucro, é a empresa que dá concretude aos princípios da igualdade, da dignidade, da solidariedade, da democracia, reduz ou procura reduzir as desigualdades sociais, cumpre os

valores ambientais, nestes incluído o meio ambiente do trabalho. O combate à discriminação deve se dar inclusive por razões genéticas.

As descobertas produzidas pelo Projeto Genoma se constituem em importante contribuição para os avanços que se têm alcançado nas pesquisas genéticas e servem de instrumento de aplicabilidade em várias áreas científicas, inclusive permitindo elucidar como se realizam as funções genéticas, servindo de efetivo instrumento para, por exemplo, curar e prevenir doenças.

Conclui-se, então, que nefasta não é a ciência, mas o que os homens podem fazer com o que lhes seja posto nas mãos.

Com efeito, os avanços científicos, o que resulta do Projeto Genoma Humano, despertam interesses econômicos, financeiros, comerciais, mas também são, em grande monta, um perigo para os valores e os direitos fundamentais, não prescindindo de análise e avaliação multidisciplinar, inclusive da bioética, área do conhecimento focada nos dilemas afetos ao avanço da biotecnologia, da genética e dos próprios valores e direitos humanos.

Com o Projeto Genoma Humano, a medicina deixou de estar voltada apenas para a cura e prevenção de doenças, passando à medicina preditiva, predizente ou genômica, circunstância em que se permite a avaliação de predisposições eminentemente genéticas e se tenta antever o aparecimento de determinadas doenças que estão relacionadas às características hereditárias de cada indivíduo. Todavia, se o componente genético desempenha papel fundamental nas alterações de origem monogênica, o mesmo não ocorre quando se trata de alterações multifatoriais ou gênicas, na medida em que o fator genético não passa de um mero elemento de risco em potencial. Em outras palavras, a questão genética é um mero fator de risco como outro qualquer, podendo a doença se revelar de modo diferente de pessoa para pessoa. Portanto, o cerceamento de um direito laboral (admissão, promoção, demissão, etc.) exclusivamente pela análise genética, em se tratando de alterações multifatoriais ou gênicas, é, também, por si só, uma ação cientificamente duvidosa e discriminatória, visto que se funda em mera suposição.

Em tal conjuntura, não se duvida que o teste genético tenha o importante papel de informação, possibilitando que a pessoa venha a saber sobre os fatores de risco genético, inclusive de ordem futura, contribuindo, portanto, para que ela possa planejar seu futuro e o de sua descendência. Todavia, não se podem olvidar os aspectos negativos que envolvem o exame genômico, diante da insuficiente regulamentação da matéria, em especial no Brasil. Portanto, é preciso que sejam considerados os riscos e benefícios da realização desses testes

no que se aplica à relação de trabalho, na qual se verifica, como é cediço, efetivo desequilíbrio das partes que a compõem.

Dessa forma, deve-se ter em mente o mandamento insculpido no artigo 12 da Convenção de Oviedo, aprovada e ratificada por Portugal por meio da Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, que só admite a realização de testes preditivos de doenças genéticas, a identificação de um indivíduo como portador de gene responsável, com predisposição ou de suscetibilidade genética para uma doença “salvo para fins médicos ou de investigação médica e sem prejuízo de um aconselhamento genético apropriado”.

Quanto à terapia gênica ou gene terapia (uso de genes em vez de drogas para o tratamento de doenças, com a introdução de um gene funcional que supra as deficiências dos genes alterados), o que não se confunde com a engenharia genética de melhoramento (introdução ou modificação de genes para a finalidade específica de aperfeiçoar determinada característica física, traço morfológico ou psicoafectivo), a manifestação expressa e conclusiva desta pesquisa é convergente com o artigo 8.º da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, de Portugal, o qual estabelece que a intervenção médica que tenha como objeto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, uma vez verificadas as condições legalmente estabelecidas, por razões preventivas ou terapêuticas, proibindo, outrossim, qualquer intervenção médica que tenha por objetivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa.

Pontue-se que, diferentemente de Portugal, o Brasil ainda não possui regulamentação específica sobre terapia gênica, matéria que, como se percebe, reclama urgente atenção. Nesse caso, é justificado clamar pelo espírito da prudência, sobretudo quando não se mostram claros os horizontes que despontam. Há, por certo, relevantes questões bioéticas envolvidas. Existe, sobretudo, a possibilidade de utilização da informação genética em desfavor da pessoa e, ao que interessa a esta pesquisa, da pessoa trabalhadora, o que pode resultar em desqualificações infundadas e discriminações odiosas produzidas pelo empregador, por exemplo. Os avanços da biotecnologia e da engenharia genética, se não pautados por mecanismos normativos restritivos e éticos, levarão, no curto prazo, a que o ser humano se transforme em “mercadoria por excelência, desempenhando no novo regime de acumulação, o mesmo papel que o automóvel desempenhou no período do capitalismo organizado, o período da acumulação fordista” (Boaventura de Souza Santos). Nesse contexto, também a conclusão que se endossa de Jürgen Habermas, ao preconizar que, se o liberalismo político permitir, as intervenções eugênicas positivas (sem objetivos terapêuticos)

mina as relações fundamentais simétricas entre as pessoas livres e age como “potencial instrumento de fabricação e transformação do ser humano em máquinas projetadas para alto rendimento. Sob tal perspectiva, seria uma vida que não é vida desde o início”.

Em face do exposto, adota-se posição de que a engenharia genética – assim entendida como nova eugenia – tem a capacidade de atentar contra o direito fundamental à igualdade, gerando manifesta discriminação, na medida em que pode selecionar aqueles considerados melhores, antes mesmo que haja manifestação genotípica. Em tal cenário, pode-se estar a contemplar o antigo com vestimentas de contemporaneidade, vale dizer, o conceito histórico de discriminação no passado estará a se esconder por trás das aparências do atual.

O Projeto do Genoma Humano deve estar a serviço da vida, da dignidade do ser humano, e não pode servir de instrumento de exclusão, nem propiciar nova forma de discriminação baseada nas características genéticas.

Outra questão controvertida nessa quadra diz respeito ao princípio da autonomia privada e ao direito de a pessoa saber ou não saber o resultado de um exame médico ou teste genético. Além do necessário consentimento informado para intervenção e análise no genoma, relembre-se o disposto no artigo 5.º, c, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos do Homem, que estabelece que deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes.

Todavia, todo direito fundamental não é absoluto – inclusive o direito à privacidade e o direito de não ser informado. Eles podem sofrer limitações, em situações excepcionais, em observância ao princípio ético da não-maleficência, quando haja interesse público ou o interesse de familiares no conhecimento de alguma doença hereditária, ou, ainda, quando a ocultação possa acarretar danos ao paciente. Essas exceções encontram respaldo no artigo 9.º da DUGHDH (Unesco, 1977), que admite, por meio de legislação interna, a mitigação dos princípios do consentimento e da confidencialidade, mas sempre por razões imperiosas e com vistas a proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais e desde que dentro dos limites estabelecidos no direito público internacional e na convenção internacional de direitos humanos. Necessária, portanto, a harmonização dos interesses envolvidos.

Essa é a tese que ora se adota. Salvo situações excecionalíssimas, o empregador não pode exigir a realização, nem ter acesso aos dados genéticos obtidos do trabalhador que lhe presta seus serviços, em face do alto risco de discriminação, pois, em tal

relação, o patamar de desigualdade é patente, em virtude da subordinação jurídica que lhe é inerente.

Diante do exposto, é imperiosa a total pertinência de se tutelar pela via legislativa (no Brasil) a informação genética do trabalhador. Trata-se, de preservar o direito de igualdade de oportunidades entre as pessoas, tendo em vista que os dados genéticos configuram dados sensíveis, sujeitos, portanto, a discriminação se não tiverem a sua privacidade e o seu controlo rigorosamente assegurados.

No Brasil, não obstante os diversos projetos de lei em andamento que tratam da matéria em nível federal, o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional não contempla comando expresso e específico que tutele a proteção à intimidade genética, bem como a proibição da realização e da utilização de resultados de testes genéticos nas relações de trabalho. Embora se faça necessária uma regulação normativa com relação a tais aspetos, esta lacuna específica, por si só, não autoriza a assertiva de que não há proteção para a matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, da análise sistêmica de diversos comandos constitucionais¹¹²⁴ pode-se deduzir e afirmar que há, de forma implícita, a promoção de proteção do patrimônio genético.

Na esfera infraconstitucional, a legislação brasileira, em nível federal, encontra-se aquém das exigências internacionais que regem a matéria, as normas insertas na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e na Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Todavia, conforme destacado, e adotando-se esta premissa como conclusão, recorrendo-se a uma sistemática interpretação dos diversos dispositivos legais (de natureza trabalhista ou não), conforme exposto no item 5.2.5 (Parte III, Capítulo 5), o operador jurídico encontra estófo legislativo que possa orientá-lo no tratamento da matéria, tendo como pilar fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB), do qual se desdobram o direito à saúde (artigo 196 da CRFB) e o direito ao livre exercício do trabalho ou profissão (artigo 5.º, inc. XVIII, da CRFB).

Nessa linha de raciocínio, também merece destaque a Lei n.º 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que, entre os fundamentos da proteção de dados pessoais, indica o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a inviolabilidade da intimidade, da

¹¹²⁴ CRFB, artigos 1.º, III e IV (princípios da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa); 3.º, IV (vedação a qualquer forma de discriminação); 5.º, *caput* (assegura a todos a igualdade); 5.º, X (inviolabilidade da intimidade e da vida privada); 5.º, XLI (punição contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais); 5.º, § 2.º (observância a outras garantias e direitos, decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte); e 225, § 1.º, II (dever do Poder Público de “preservar a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”).

honra e da imagem; os direitos humanos; a dignidade e o exercício da cidadania. A referida lei, ao lado da regra geral de tratamento de dados pessoais, ao conceituar o que são dados pessoais sensíveis, inclui entre eles os dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural (artigo 5.º, II). Esses dados pessoais sensíveis merecem proteção especial, na medida em que possibilitam conclusões a respeito de um indivíduo e se relacionam aos seus direitos fundamentais e as suas liberdades, que podem ser colocados em risco.

No âmbito administrativo, há também Resoluções do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, inspiradas em documentos internacionais, as quais fixam parâmetros para pesquisas genéticas, assegurando a confidencialidade, a privacidade e as condições de eventual acessibilidade dos dados genéticos a terceiros, notadamente a empregadores.

Da análise desses dispositivos – constitucionais e infraconstitucionais – pode-se concluir que, salvo situações excepcionais, não há razoabilidade para autorização ao empregador, nem mesmo por analogia, de preceito que permita a exigência, a realização, a utilização, a divulgação e acessibilidade de resultados de testes genéticos na seara laboral, o que, se ocorresse, acarretaria o sério risco de odiosa discriminação. Nesse contexto, pode-se imaginar o potencial efeito deletério advindo do inadequado uso dos dados genéticos do trabalhador com base, por exemplo, no conhecimento de suas características pelo empregador.

Não bastasse a posição conclusiva de que, da análise sistêmica do conjunto normativo brasileiro, não se permite – salvo excepcionais exceções – a exigência pelo empregador da solicitação e realização de testes genéticos, sejam anteriores ou posteriores à contratação, também os normativos internacionais devem ser aplicados à espécie, diante da expressa autorização do artigo 8.º da CLT (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943), de que nas hipóteses de ausência de dispositivo legal ou contratual, haja aplicação da analogia, da equidade, de outros princípios e normas de direito, bem como do direito comparado. Dessa forma, externa-se a compreensão e propõe-se que as diretrizes básicas que regem a matéria nos demais países que a regulamentaram podem e devem ser aplicadas no Brasil. Logo, o vazio legislativo brasileiro, em nada prejudica a tutela da garantia desses direitos fundamentais dos trabalhadores.

Diante desse arcabouço, não se admitiria cláusula contratual em sentido oposto ao conjunto normativo referido, sob pena de tal previsão encontrar barreiras constitucionais e de convencionalidade.

Conforme relatado no Capítulo 5 (itens 5.2.1, 5.2.2 e 5.2.3), a tutela jurídica que assegura a todas as pessoas, inclusive aos trabalhadores, o princípio do consentimento

prévio, a autodeterminação informativa, a confidencialidade dos dados genéticos – vedando-se a aquisição e a utilização dos testes genéticos com propósitos discriminatórios ou que alcancem resultados discriminatórios, com base em características genéticas, bem como a seleção, a adequação profissional, as promoções, o treinamento e a exclusão de trabalhadores (empregados ou candidatos ao emprego) baseadas em tais características – está contida em diversos normativos internacionais, regionais e na legislação constitucional e infraconstitucional de diversos países.

O extenso rol normativo é um claro sinal da existência de práticas discriminatórias em função do patrimônio genético, com ameaça de generalização por todos os quadrantes; portanto, um fenômeno em expansão (Gérard Lyon-Caen, João Leal Amado e Stela Barbas).

Assim, como regra geral, adota-se posicionamento de que é vedado ao empregador, assim entendidas as empresas e outras entidades patronais, solicitar ou exigir dos trabalhadores, já admitidos ou candidatos ao trabalho, mesmo com o consentimento deles, a realização de testes genéticos e a utilização de seus resultados, bem como a divulgação de resultados de testes anteriormente realizados. Mesmo que haja consentimento, o conhecimento dos resultados acarretará reflexo e possíveis discriminações, não apenas em relação ao trabalhador que realizou os testes, mas também para os seus familiares e descendentes.

Entretanto, a regra geral acima apontada pode ser mitigada diante de situações excepcionais, pois, repita-se, não existe direito fundamental que seja absoluto. As exceccionalidades a seguir elencadas, que ora se adotam – todas elas em benefício da saúde dos trabalhadores, bem como na prevenção de riscos para eles ou para terceiros, ou ainda em prol do interesse público –, encontram respaldo em normativos citados:

a) os testes genéticos de trabalhadores(as) devem estar relacionados com o estado de saúde daquele momento e com eventuais riscos para a saúde decorrentes do ambiente laboral e devem ser realizados voluntariamente, por médico da escolha dos trabalhadores; seus resultados devem ser apenas do conhecimentos desses trabalhadores e a eles compete decidir quanto à divulgação ou não dos resultados (item 16 da Resolução de 16 de março de 1989, do Parlamento Europeu; § 20 da Lei de Diagnóstico Genético – GenDG, de 31 de julho de 2009, da Alemanha; artigo 22 da Lei Federal de Análise da Genética Humana, da Suíça, de 8 de outubro de 2004; Lei Federal de Não

Discriminação da Informação Genética – GINA, dos EUA; e artigo 13, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, de Portugal);

b) os dados genéticos das trabalhadoras e dos trabalhadores não podem ser arquivados e devem ser protegidos, por medidas especiais, da utilização abusiva por terceiros, bem como não é lícito incluir os dados em ficheiros relativos aos assuntos do pessoal, nem os processar eletronicamente noutros bancos de dados dos empregadores (item 18 e item 2.1 da Resolução de 16 de março de 1989, do Parlamento Europeu e Lei Federal de Não Discriminação da Informação Genética – GINA, dos EUA);

c) o direito de o empregador solicitar o teste genético, observada a especificidade da função a ser ocupada colocar em risco a saúde e a integridade de terceiros, deve se restringir, exclusivamente, ao conhecimento da situação de higidez do trabalhador para o exercício do posto de trabalho pretendido (aptidão ou inaptidão), sem nenhum outro detalhamento (item 2.1 da Resolução de 16 de março de 1989, do Parlamento Europeu; artigo 22 da Lei Federal de Análise da Genética Humana da Suíça, de 8 de outubro de 2004; e artigo 19 do Código de Trabalho de Portugal);

d) situações particulares que impliquem riscos muito graves para a segurança ou a saúde pública, relevantes também para a saúde atual do trabalhador, e que devem ser definidas e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador (artigo 13, n.ºs 4 e 5, da Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, de Portugal).

Não obstante a ausência de norma positivada específica sobre a matéria, tais considerações também se aplicam ao Brasil, pelas razões aqui expostas.

No mundo globalizado contemporâneo, as ameaças e as violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores – entre elas a afronta à igualdade de oportunidades mediante a discriminação genética – são motivadas, na quase totalidade, por interesses de ordem econômica e financeira. Assim, não basta apenas a implementação de normativos que objetivem eliminar a discriminação e promovam a equidade. Embora essenciais, por si sós, eles não são suficientes, uma vez que a discriminação no trabalho não irá desaparecer apenas por ser proibida. Há, porém, de se combater esta motivação financeira com alternativas e mecanismos, também de ordem econômica, que atinjam estruturalmente as organizações que discriminam, inibindo-as de agir ou de continuarem a agir de tal forma.

Em se normatizando a matéria no Brasil, sugere-se a criação de instituição destinada a arrecadar, gerir e aplicar os recursos financeiros decorrentes das sanções aplicadas, mediante fundo próprio, com vistas à promoção da educação (empresarial e de empregados) e à formação para a prevenção e o combate à discriminação genética no meio laboral. Isso também encontra respaldo em normativo internacional (artigo 7.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos).

Ademais, as medidas apresentadas e indicadas ao longo deste trabalho tornar-se-ão inócuas se não forem adotadas estratégias que incluam a produção de políticas públicas que promovam e concretizem a igualdade, levando-se em consideração a diversidade de cultura, de língua, de gênero, de raça, em prol da implementação da não discriminação, sob qualquer prisma, nas relações laborais, inclusive inibindo e combatendo a discriminação genética.

REFERÊNCIAS

AAFESP - Associação de Anemia Falciforme do Estado de São Paulo. **O que é anemia falciforme.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2018]. Disponível em <https://www.aafesp.org.br/index.php/anemia-falciforme>.

AB2L - Associação Brasileira de Lawtechs & Legaltechs. **A privacidade de mensagens de texto sob a ótica da Suprema Corte do Canadá.** [Em linha]. [Consult. 9 Ago. 2018]. Disponível em <https://www.ab2l.org.br/privacidade-de-mensagens-de-texto-sob-otica-da-suprema-corte-do-canada/>.

ABH - Associação Brasil Huntington. **O que é a doença de Huntington.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://abh.org.br/o-que-e-doenca-de-huntington/>

ABRAMO, Lais Abramo - **O conceito de trabalho decente e sua agenda.** [Em linha]. Organização Internacional do Trabalho. Trabajo Decente. [Consult. 25 Set. 2019]. Disponível em <http://docplayer.com.br/8958592-O-conceito-de-trabalho-decente-e-sua-agenda-lais-abramo-diretora-do-escritorio-da-oit-no-brasil.html>.

ACLU - American Civil Liberties Union. **Genetic discrimination in the workplace factsheet.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.aclu.org/other/genetic-discrimination-workplace-factsheet#fn5>.

AIETA, Vânia Siciliano - **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. ISBN 85-7387-010-9.

ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de - **Responsabilidade Social das Empresas e Valores Humanos: Um estudo sobre a atitude dos gestores brasileiros.** [Em linha]. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro. 2007. Tese Doutorado em Administração. [Consult. 8 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.fgv.br>.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato - **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2.000. ISBN 8502030310.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de - **A Tutela dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho Brasileiro.** [Em linha]. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:17 fev. 2010. [Consult. 5 Jul. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-dos-direitos-de-personalidade-no-direito-do-trabalho-brasileiro,26044.html>.

_____. - **Direitos da Personalidade do trabalhador e poder empregatício.** São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2596-1.

_____. - **O Direito do Trabalho como dimensão dos direitos humanos.** São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1419-4.

ALVES, Cristiane Avancini - Os direitos da personalidade e suas conexões intra, inter e extra-sistemáticas. **Revista Jurídica**, n.º 330, abr. 2005, Sapucaia do Sul – RS. ISSN 0103-3379.

ALVES, José Carlos Moreira - **Direito Romano.** 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN 978-85-309-4101-7.

AMADO, João Leal – **A responsabilidade social das empresas e os códigos de conduta: breve reflexão crítica.** Revista LTr: São Paulo. Vol. 84, nº 01, Janeiro de 2020, p. 18. ISSN 1516-9154.

_____. - Genética e contrato de trabalho: nótula em torno do mandato antidiscriminatório. In LOUREIRO André Dias Pereira; BARBOSA, Carla (Coord.). **Direito**

da Saúde. Vol. IV. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2016. ISBN 978-972-40-6534-2, p. 47-60.

_____ - Perspectiva do Direito do Trabalho: um ramo em crise identitária? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região.** Editora: Escola Judicial do TRT da 15.^a Região. ISSN 16798694, n.º 47, jul-dez. 2015. p. 181-202.

AMARAL, Francisco - **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. ISBN 8571473676.

_____ - Por um Estatuto Jurídico da Vida Humana. A Construção do Biodireito. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas.** [Em linha]. Revista n.º 12. p. 109-119. 1997. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista12.asp>.

AMARO, Jorge - Avanços tecnológicos e emprego: do passado ao futuro presente. In MEDEIROS, Benizete Ramos de (Coord). **O mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas:** um olhar luso-brasileiro. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9570-4.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Livraria Almedina, 1983. Edição sem ISBN.

ANJOS, Márcio Fabri dos - Bioética e Teologia em convergência de libertação. **Revista Encontros Teológicos.** [Em linha]. Santa Catarina: Faculdade Católica de Santa Catarina, v. 18, número 2, 2003. p. 29-40. [Consult 29 Out. 2019]. ISSN 2525-846X. Disponível em <https://facasc.emnuvens.com.br/ret/article/view/479>.

ANTUNES, João Lobo - **Inquietação interminável:** ensaios sobre ética das ciências da vida. Lisboa: Gradiva Publicações S.A., 2010. ISBN 978-989-616-346-4.

AQUINO, Felipe - **Observações a respeito da declaração universal sobre o genoma humano e os direitos do homem.** [Em linha]. Editora Cleófas. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://cleofas.com.br/observacoes-a-respeito-da-declaracao-universal-sobre-o-genoma-humano-e-os-direitos-do-homem/>.

ARAÚJO, Adriane Reis de - Dilema da diferença e a jurisprudência do TST diante do adoecimento do trabalhador. **Revista do Ministério Público do Trabalho de Mato Grosso do Sul,** v. 6, abr. 2012, Campo Grande: PRT 24.^a ISSN 1981-3457.

ARCHER, Luís - Questões éticas e sociais da análise do genoma humano. **Revista Acta Médica Portuguesa.** [Em linha]. Ética em Saúde e Investigação. II Série, v. 5, n.º 3 (Mar. 1992), p. 139-145. ISSN: 1646-0758. [Consult. 7 Nov. 2019]. Disponível em <https://www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/view/3213/2552>.

ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS - ALCA. Quarta Cúpula das Américas. **Declaração de Mar del Plata.** [Em linha]. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em http://www.summit-americas.org/Documents%20for%20Argentina%20Summit%202005/IV%20Summit/Declaracion/Declaracion_POR%20IV%20Cumbre-rev.1.pdf.

ARENDT, Hannah - **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. ISBN 85-2180-255-2.

Arizona State Legislatore. **Discriminação; práticas ilegais; definição.** [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://www.azleg.gov/viewdocument/?docName=http://www.azleg.gov/ars/41/01463.htm>.

Arkansas Code Annotated. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://advance.lexis.com/container?config=00JAA3ZTU0NTIzYy0zZDEyLTRhYmQtYmRmMSliMWIxNDgxYWMxZTQKAFBvZENhdGFsb2cubRW4ifTiwi5vLw6cIluX&crd=a482e704-b131-490c-b805-5566cd7eb353>.

ARNAUD, André-Jean (Org.) - **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69-73. ISBN 9788571471146.

ATLANTA Employment Attorneys Blog. **High-Profile Atlanta Case Shines Spotlight on Federal Genetic Information Nondiscrimination Act and Genetic Privacy in the Workplace**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.atlantaemploymentattorneysblog.com/2015/07/high-profile-atlanta-case-shines-spotlight-on-federal-genetic-information-nondiscrimination-act-and-genetic-privacy-in-the-workplace/>.

AZEVEDO, Eliane S. - Terapia Gênica. **Revista Bioética**. [Em linha]. V. 5, n.º 2. 1997. Brasília: Conselho Federal de Medicina. ISSN on-line 1983-8034. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/379/479.

_____. - Terapia Gênica. **Revista Bioética**. [Em linha]. V. 5, n.º 2. 1997. Brasília: Conselho Federal de Medicina. ISSN on-line 1983-8034. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/379/479.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de - Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha]. Belo Horizonte, ano 10, n.º 34, p. 115-131, jan./jun. 2016. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/80>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira - **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. ISBN 8577000249.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2011. ISBN 13:978-972-40-3250-4. Depósito legal: 264467/07.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis - **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática**. 2.^a ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-16279-2.

BARCELLOS, Ana Paula - **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 8571474710.

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de - **Bioética e início da vida: alguns desafios**. [Em linha]. SCRIBD. Aparecida-SP: Ideias e Letras. Centro Universitário São Camilo, 2004. ISBN 85-98239-05-4; ISBN e-book: 978-85-7698-081-0. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/215188161/121075616-Paul-Barchifontaine-Bioetica-e-Inicio-Da-Vida>.

_____. - Bioética no início da vida. **Revista Pistis Praxis**. Teologia Pastoral. [Em linha]. Curitiba, v. 2, n.º 1, p. 41-55, jan./jun. 2010. ISSN 1984-3755. ISSN on-line: 2175-1838. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/13499/12917>.

BARRETO, Vicente de Paulo - Bioética, biodireito e direitos humanos. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Renovar, 1999. ISBN: 9788571471290.

BARRETO, Wanderlei de Paula - In ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (Coords.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1. ISBN 8530919343.

BARROS, Alice Monteiro de - **Proteção à intimidade do empregado**. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2009. ISBN 978-85-361-1264-0.

_____ - (Coord.) - **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. São Paulo: LTr, 1994. ISBN 857-32-2270-0.

BARROSO, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19995-8.

_____ - **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.^a ed. 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-07531-3.

_____ - **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. [Em linha]. Parecer Jurídico. Rio de Janeiro, 2010. [Consult. 29 de Out. de 2019]. Disponível em (<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>).

_____ - Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN 9788573879780.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 8502021737.

BATAGLIA, Felice - **Filosofia do Trabalho**. Tradução: Luiz Washington Vita e Antônio D'Elia. São Paulo: Saraiva, 1958. ISBN 9000000518711.

BBC. **Engenharia genética: Judaísmo e engenharia genética**. [Em linha]. Religiões. 2009. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em https://www.bbc.co.uk/religion/religions/judaism/jewishethics/genetic_1.shtml).

BELMONTE, Alexandre Agra - **Danos morais no direito do trabalho**. 3.^a ed. rev. e atual. conforme a EC n.º 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. ISBN 8571476098.

BELTRÃO, Silvio Romero - **Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 8522440263.

BERSANI, Humberto - **Revista Educação em Perspectiva**. [Em linha]. Viçosa: Minas Gerais. v. 8, n.º 3. set/dez 2017. ISSN 2178-8359. [Consult. 9 Set. 2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/323145336_Racismo_estrutural_e_o_direito_a_educacao.

BERTONCELLO, Franciellen - **Direitos da Personalidade: uma nova categoria de direitos a ser tutelada**. [Em linha]. Dissertação de Mestrado. [Consult. 22 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021795.pdf>.

BEUACHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. - **Princípios da Ética Biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. ISBN 85-15-02565-5.

BÍBLIA SAGRADA. Edição Claretiana. São Paulo: Editora Ave Maria Ltda., 1987. Edição sem ISBN.

BIOLABS-New England. **Transcrição reversa (síntese de cDNA)**. [Em linha]. [Consult. 20 Out. 2019]. Disponível em <https://translate.google.com/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=https://www.neb.com/applications/cloning-and-synthetic-biology/DNA-preparation/reverse-transcription-cDNA-synthesis&prev=search>.

BIOLOGIA MOLECULAR. **DNA**. [Em linha]. [Consult. 5. Out. 2019]. Disponível em: <http://biologia-molecular.info/DNA.html>.

BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 6.^a ed. rev. atual. e aum. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. ISBN 8521803303.

_____- **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. ISBN 8521800053.

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004. ISBN 9788535215618.

_____- **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992. ISBN 8570017103.

_____- **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 (7.^a reimpressão). ISBN 10: 85-352-1561.

BOMFIM, Benedito Calheiros - Inefetividade de direitos constitucionais do trabalhador. **Revista Synthesis**. São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. Vol. 14, n.º 3 (2008). ISSN 01037986.

BONAVIDES, Paulo - **Constitucionalismo social e democracia participativa**. [Em linha]. SCRIBD. [Consult. 25 Set. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/269304886/Constitucionalismo-Social-Paulo-Bonavides>.

_____- **Curso de Direito Constitucional**. 13.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001. ISBN 8574202487.

_____- **Curso de Direito Constitucional**. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003. ISBN 8574204730.

_____- **Curso de Direito Constitucional**. 25.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 9788574209951.

_____- **Curso de Direito Constitucional**. 26.^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. ISBN 9788539200658.

_____- **Curso de Direito Constitucional**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997. ISBN (não possui).

_____- **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001. ISBN 85-7420-279-7.

BOTELHO, Catarina Santos - **Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2015. ISBN 978-972-40-6058-3.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka - Igualdade, não discriminação e direitos humanos. São legítimos os tratamentos diferenciados? **Revista de Informação Legislativa**. [Em linha]. Ano 51, n.º 204, out./dez., 2014, p. 91-108. e-ISSN 2596-0466. [Consult. 12 Abr. 2019]. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/204/ri/v51_n204_p91.pdf.

BRAGHINI, Marcelo - **Reforma trabalhista, flexibilização das normas sociais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9355-7.

BRASIL - Secretaria de Assuntos Jurídicos do Recife. **O que são Direitos Humanos?** [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2018]. Disponível em <http://www.recife.pe.gov.br/pr/secjuridicos/ddh.php>.

_____ - Superior Tribunal de Justiça. In LEXML. **RESP 1195995 SP** - 3.ª Turma - Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 06/04/2011. [Em linha]. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2011-03-22;1195995-1095109>.

_____ - Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 186 - Distrito Federal**. Plenário, 26/04/2012. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. [Em linha]. [Consult. 11 Set. 2019]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>.

_____ - Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça da União de 27 de outubro de 2006. **Recurso Extraordinário n.º 201.819-8-RJ**. 2.ª Turma. Relatora originária Min. Ellen Gracie e Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. STF - Coord. de Análise de Jurisprudência. Ementário n.º 2253-4.

_____ - Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça da União de 19 de dezembro de 1997. **Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF**. 2.ª Turma. Relator Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. STF-Serviço de Jurisprudência. Ementário n.º 1896-04.

_____ - Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei n.º 4.141, de 26 de agosto de 2003**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/48446288c242133083256d910069d48e?OpenDocument>.

_____ - Câmara dos Deputados. Comissão de seguridade social e família. **Projeto de Lei n.º 4.610, de 1998**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=477475&filename=Parecer-CSSF-02-07-2007.

_____ - Câmara dos Deputados. **PL 2.658/2015**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1671862>.

_____ - Câmara dos Deputados. **PL 2.888/2015**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1703887>.

_____ - Câmara dos Deputados. **PL 4.212/2008**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414022>.

_____ - Câmara dos Deputados. **PL 4.215/2008**. [Em linha]. [Consult. 03 Jun 2022]. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2008-10-30;4215>.

_____ - Senado Federal. Secretaria Geral da Mesa. Atividade legislativa. **Projeto de Lei do Senado n.º 149, de 1997**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1456/pdf>.

_____ - Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310486070&ext=.pdf>.

_____ - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. **Notícias do STF**. 29/6/2018. [Em linha]. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>.

_____ - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres. **Notícias do STF**. 29/05/2019. [Em linha]. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>.

_____ - Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário 0000213-66.2017.5.08.0000**. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. Acórdão publicado no DEJT de 11 de março de 2019. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=213&digitoTst=66&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0000&submit=Consultar>.

BRENDLER, Karina Meneghetti; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau - Quando as células são currículos: uma abordagem sobre o risco da discriminação genética. **Revista de Direito Sanitário**. [Em linha]. Vol. 3, n.º 3, nov/ 2002, p. 23-35. ISSN 2316-9044. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/83827>.

BRITO, Wladimir – Direito Internacional Público. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**, p. 124. Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.ª, 2013. ISBN 978-972-724-642-7.

BRUNET, Karina Schuch - Engenharia genética: implicações éticas e jurídicas. **Revista Jurídica Órgão Nacional e Doutrina Jurisprudência Legislação e Crítica Judiciária**. [Em linha]. Porto Alegre, v. 274, p. 44-56, 2000. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://brunet.adv.br/artigos/>.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SILVA, Alex Lino da; CHACON, Luís Fernando Rabelo - Discriminação genética nas relações de trabalho e responsabilidade civil sob a ótica do Código Civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. ISSN 1518-4862. Teresina, ano 19, n.º 4101, 23 set. 2014. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/31945/discriminacao-genetica-nas-relacoes-de-trabalho-e-responsabilidade-civil-sob-a-otica-do-codigo-civil-brasileiro>.

California Legislative Information. **Code Search**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml>.

CAMARGO, Marcelo Novelino - O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Direito constitucional: Leituras complementares**. Salvador: Edições Jus PODIVM, 2006. 300p. ISBN 85-98471-90-9.

CAMPOS, Diogo Leite de – **Nós: estudos sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Depósito legal 207175/04.

CANAL LONDRES TV. **Declaração dos Direitos Bill of Rights**. [Em linha]. [Consult. 28 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.canallondres.tv/declaracao-dos-direitos-bill-of-rights-inglaterra/>.

CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. 16.^a reimp. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada (artigos 1º ao 107º)**. Vol. I, 4.^a ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CANOTILHO, Mariana - Brevíssimos Apontamentos sobre a não Discriminação no Direito da União Europeia. **Revista Julgar**. [Em linha]. v. 14. mai-ago 2011. Coimbra. ISSN online: 2183-3419. [Consult. 01 MaI. 2019]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/05-DEBATER-Mariana-Canotilho-A-n%C3%A3o-o-discrimina%C3%A7%C3%A3o-no-dire.pdf>.

CANTALI, Fernanda Borghetti - **Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ISBN 9788573486469.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi - **A visão sistêmica da vida: uma conceção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Tradução de Mayra Teruya Eichemberg; Newton Roberval Eichemberg. Título original: The systems view of life. São Paulo: Cultrix, 2014. ISBN 978-85-316-1291-6.

CARLOS, Vera Lúcia - **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2004. ISBN 979-85-86-4566-87.

CARROLL, Archie B. - A three-dimensional conceptual model of corporate performance. **The Academy of Management Review**. [Em linha]. v. 4, n.º 4. out/1979. ISSN digital 1930-3807. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em https://www.jstor.org/stable/257850?seq=3#metadata_info_tab_contents.

CARTA ENCÍCLICA *LABOREM EXERCENS*. [Em linha]. A Santa Sé. João Paulo II. Encíclicas. [Consult. 4 Jun. 2017]. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html.

CARVALHO, Lígia Maria de – Os pressupostos ideológicos das reformas pombalinas do Estado português (1750-1777). Mestrado (Dissertação). [Em linha]. [Consult. 27 Jun. 2022]. Universidade Federal de Goiás, 2003. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/113/o/CARVALHO_L_gia_Maria_de.pdf.

CASSAR, Vólia Bomfim - **Direito do Trabalho**. 8.^a ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Método Ltda, 2013. ISBN 978-85-309-4814-6.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoi Batista - A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho. In SILVA, et al (Coord.) **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2007. ISBN 978-85-361-0991-6.

CERVANTESVIRTUAL. **Tratado de Versalles**. [Em linha]. Archivo nacional de Honduras. [Consult. 4 Out. 2019]. Disponível em www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/tratado-de-versalles/.

CHEHAB, Gustavo Carvalho - **A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-3166-5.

CID, Isabel Victória Lucena - La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización. **Revista Internacional de Pensamiento Político**. [Em linha]. I Época -

Vol. 7, 2012. ISSN 1885-589X. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em <http://pensamientopolitico.org/Descargas/RIPP07117144.pdf>.

CLARKSON, Max B. E - A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance. **The Academy of Management Review**. [Em linha]. V. 20, n.º 1. jan./1995. ISSN digital 1930-3807. [Consult. 22 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.jstor.org/page/info/about/policies/terms.jsp>.

COHEN, Adam - **IMBECILES: the Supreme Court, American eugenics, and the esterelization of Carrie Buck**. New York: Penguin Press, 2016. ISBN 9781594204180.

COHEN, Richard B. LEXOLOGY. Fisher Broyles LLP. **GINA: If You Are An Employer You Should Know About It**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=469fab4b-6675-45c8-903e-24fae8b951f9>.

COLLINS, Francis - **A Linguagem de Deus: Um cientista apresenta evidências de que Ele existe**. Tradução: Giorgio Cappeli. 2.ª ed. São Paulo: Gente, 2007. ISBN 978-8573-125-29-0.

Commonwealth of Massachusetts. **Capítulo 151B: discriminação injusta por causa de raça, cor, credo religioso, origem nacional, matriz ou sexo**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://malegislature.gov/Laws/GeneralLaws/PartI/TitleXXI/Chapter151B>.

COMPARATO , Fábio Konder - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04077-4.

_____ - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547216139.

_____ - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-020-5374-4.

_____ - **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN 85-020-2877-4.

_____ - **Fundamentos dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Universidade de São Paulo. Instituto de Estudos Avançados. [Consult. 7 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf.

CONESA, Fulgêncio Madrid - **Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho**. Valência: Universidad de Valencia, 1984. Edição sem ISBN.

Connecticut General Assembly. **Direitos Humanos e Oportunidades**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.cga.ct.gov/current/pub/chap_814c.htm#sec_46a-60.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRESMEP - Centro de Bioética. **Manual de Ética em Ginecologia e Obstetrícia**. Princípios bioéticos. A autonomia. Não maleficência, beneficência, justiça e equidade. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6.

CORDEIRO, António Menezes - Os direitos de personalidade na civilística portuguesa. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. v. 61. n.º 3 . 2001. ISSN 12401198.

CORNELL LAW SCHOOL. **Legal Information Institute**. [Em linha]. [Consult. 11 Set. 2019]. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics> e <http://www.oyez.org/cases/1970>.

CORRÊA, Lelio Bentes - Normas internacionais do trabalho e direitos fundamentais do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan-mar. 2009. Porto Alegre: Magister Editora. ISSN 0103-7978.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths - Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 1.ª ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. ISBN 857147091X.

COSTA, Eduardo Antônio Resende Homem da - Responsabilidade Social Empresarial: fatos e motivações. Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Portal de Periódicos. **Cadernos Zygmunt Bauman**. [Em linha]. V. 5, n.º 10. 2015. ISSN digital 2236-4099. [Consult. 21 Mar. 2019]. Disponível em <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/download/4198/2282>.

COSTA, Flávio Luiz da - **A (im)possibilidade do Empregador Conhecer a Identidade Genética do Empregado**. Tese (Doutoramento em Direito) - Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. 2018.

COSTA, Gustavo Borges da; COSTA, Luciane Borges da - Nada sobre nós sem nós: Uma Análise sobre Inclusão Social pelo Trabalho — A Convenção n.º 159 da OIT e a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2827-6.

COSTANZI-STRAUSS, Eugenia; STRAUSS, Bryan E. - Perspectivas da terapia gênica. **Revista Médica da Universidade de São Paulo**. [Em linha]. ISSN on-line 1679-9836. v. 94, n.º 4, 2015, p. 211-222. Consult. 17 Out. 2019. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108767/107192>.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro - **Discriminação no trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Igualdade Racial, 2003. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_05_234.pdf.

CRG - Council for Responsible Genetics. Genetics discrimination. **A position paper presented by the council for responsible genetics**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/viewpage.aspx?pageid=85>.

_____ - NEBRASKA. **Law and regulations**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/geneticprivacy/NE.html>.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza - **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 3.ª ed. Belo Horizonte: Arraes. 2009. ISBN 978-85-62-7410-05.

CUEVA, Mario de La - **Derecho mexicano del trabajo**. Mexico: Porrúa, 1960. Edição sem ISBN.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin - A Convenção n.º 169 da OIT e o Trabalho Indígena no Brasil. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: Ltr, 2014. ISBN 978-85-361-2827-6.

DALEGRAVE NETO, José Affonso - **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 5.ª ed. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2956-3.

DALLARI, Dalmo de Abreu - La Constitución de Cádiz: valor histórico y actual. REB. **Revista de Estudios Brasileños**. [Em linha]. Segundo Semestre 2014. Vol. 1, n.º 1. [Consult. 3 Mai. 2018]. Disponível em <https://reb.universia.net/article/download/6/6>.

DANIA, Thiago Vilela - Viver para trabalhar ou trabalhar para viver? Uma análise do conceito de trabalho digno na canção “Construção”, de Chico Buarque de Holanda. In DELGADO, Gabriela Neves [et al] (Coord.). **Direito Constitucional do Trabalho**. Princípios e Jurisdição Constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8524-8.

DE CUPIS, Adriano - **Os Direitos da Personalidade**. 1.^a ed. Campinas: Romana Jurídica, 2004. ISBN 8589490068.

_____ - **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. Edição sem ISBN.

DELGADO, Gabriela Neves - **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 85-361-0759-6.

_____ - Direitos Humanos dos Trabalhadores: Perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 77, n.º 3, jul/set., p. 67. ISSN 0103-7978.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos - Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 79, n.º 2, abr/jun. 2013. Lex Editora S/A. ISSN 0103-7978.

DELGADO, Maurício Godinho - **Capitalismo, Trabalho e Emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 978-85-361-0770-7.

_____ - **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho, p. 84. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-361-2142-0.

_____ - **Curso de Direito do Trabalho**. 16.^a ed. São Paulo: LTr. 2017. ISBN 978-85-361-9104-1.

_____ - **Curso de Direito do Trabalho**. 17.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9556-8.

_____ - **Curso de direito do trabalho**. 18.^a ed. São Paulo: LTr, 2019. ISBN 978-85-361-9104-1.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n.º 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9399-1.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS - **Mendigo recebe cem euros para fazer tatuagem na testa com o nome do noivo na despedida de solteiro**. [Em linha]. [Consult. 31 Jul. 2018]. Disponível em https://www.dn.pt/mundo/interior/mendigo-recebe-cem-euros-para-fazer-tatuagem-na-testa-com-nome-do-noivo-na-despedida-de-solteiro-9661415.html?utm_source=Push&utm_medium=Web.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1987. v. 3. Edição sem ISBN.

DINAMARCO, Cândido Rangel - **Instituições de direito processual civil**. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Vol. I. ISBN 8574205532.

_____ - **Instituições de direito processual civil**. 4.^a ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-554-0.

District of Columbia Official Code. **Unidade A. Direito dos Direitos Humanos**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/2-1401.01.html>.

DOENÇAS GENÉTICAS. **Doenças genéticas monogênicas**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://doencas-geneticas.info/doencas-geneticas-monogenicas.html>.

DONEDA, Danilo - **Da privacidade à proteção de dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 978-8571-475-62-5.

_____ - (elaborador) - A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. BRASIL-Ministério da Justiça. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **Caderno de Investigações Científicas**. v. 2. [Em linha]. [Consult. 29 de Out. 2019]. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>.

DRAY, Guilherme Machado - **O princípio da proteção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. 926 p. ISBN 978-972-40-5900-6.

_____ - O Sentido Jurídico do Princípio da Igualdade: Perspectiva Luso-Brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. [Em linha]. N.º 2, jul./dez. - 2003. e-ISSN 1983-2303. [Consult. 13 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.esdc.com.br/publicacoes/revistarbdc.htm>.

DUARTE, Andreia Morgado - **O cabo das tormentas da União Europeia**. A (difícil) adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. [Em linha]. Coimbra: Universidade de Coimbra. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, 2016. [Consult. 19 Mai. 2018]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42826/2/Andreia%20Duarte.pdf>.

DURAES, Beatriz Shiffer - **Convenção Europeia de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos em comparação**. [Em linha]. Universidade Federal do Paraná. Revistas. [Consult. 3 Mai. 2018]. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/8916/6225>.

DURAND, Guy - **Introdução Geral à Bioética: História, conceitos e instrumentos**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1999. ISBN 978-85-15-02578-7.

ECHTERHOFF, Gisele - **O direito à privacidade dos dados genéticos**. [Em linha]. Curitiba: Tese (Mestrado em Direito Econômico e Social). 2007. Universidade Católica do Paraná. p. 63. Consult. 29 Out. 2019. Disponível em http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1061.

ECO, Umberto - **Como se faz uma tese**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Perspectiva, 1991. ISBN 978-85-273-0079-7.

ECO.DESENVOLVIMENTO.ORG. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em http://m.ecod.org.br/glossario-de-terminos/e/externalidades/pa_model1.

EEOC - US Equal Employment Opportunity Commission. **Título VII da Lei de Direitos Civis de 1964**. [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>.

_____ - **A lei de não discriminação da informação genética de 2008**. [Em linha]. [Consult 12 Mai. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>.

_____ - **EEO é a lei.** Poster. [Em linha]. [Consult 15 Out. 2019]. Disponível em <https://www1.eeoc.gov/employers/poster.cfm>.

_____ - **Encargos da lei de não discriminação de informações genéticas.** [Em linha]. [Consult 15 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/genetic.cfm>.

_____ - **Laws enforced by EEOC.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/index.cfm>.

_____ - **Ordem Executiva 13145.** Para proibir a discriminação no emprego federal com base em discriminação genética. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/13145.html>.

_____ - **Sobre a EEOC.** [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://www.eeoc.gov/eeoc/>.

ELUF NETO, José - Screening: faz bem à Saúde? In **Revista da Associação Médica.** [Em linha]. Vol.46 n.º4 São Paulo Oct./Dec. 2000. ISSN digital 1806-9282. [Consult. 19 Set. 2019] Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302000000400028.

ENCICLOPEDIA DELL'OLOCAUSTO. **I campi di concentramento nazisti.** [Em linha]. [Consult. 12 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.ushmm.org/wlc/it/article.php?ModuleId=10005144>.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Gulag.** [Em linha]. [Consult. 12 Jul. 2018]. Disponível em <https://www.britannica.com/place/Gulag>.

FACHIN, Luiz Edson - Discriminação por motivos genéticos. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Paraná.** V. 36, Curitiba: 2001. [Em linha]. ISSN eletrônico: 2236-7284. Consult. [8 Out. 2019]. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/archive>.

_____ - **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. ISBN 8571471983.

FARIA, Ana Paula Rodrigues Luz; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo - **Bioética da libertação e saúde do trabalhador:** a (in)admissibilidade dos exames genéticos preditivos nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8798-3.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli - Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil.** Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais - Atualidades II. Del Rey, 2007. ISBN 978-8573-089-23-3.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista - **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo.** 2.^a ed. Salvador: JusPodivm. ISBN 978-85-442-1408-4.

FAVA, Marcos Neves. **Ação civil pública trabalhista:** teoria geral. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 8536111348.

FELICIANO, Guilherme Guimarães - **Curso crítico de direito do trabalho:** teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18050-5.

FERNANDES, Milton - **Proteção civil da intimidade.** São Paulo: Saraiva, 1977. Edição sem ISBN.

FERNÁNDEZ DOMINGUES, Juan José - **Pruebas Genéticas en el Derecho del Trabajo**. Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 1999. ISBN 84-470-1224-7.

FERRAZ, Tércio Sampaio - Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. Vol. 88, 1993. ISSN 0303-9838.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3.^a ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. ISBN 8520910106.

_____ - **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.^a ed. Curitiba: Positivo, 2004. ISBN 978-85-38-5282-58.

FERREIRA, Luiz Pinto - **Curso de Direito Constitucional**. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1995. ISBN 8502008285.

FESTAS, David de Oliveira - **O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho**. [Em linha]. Ordem dos Advogados de Portugal. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/artigos-doutriniais/david-de-oliveira-festas-o-direito-a-reserva-da-intimidade-da-vida-privada-do-trabalhador-no-codigo-do-trabalho-star/>.

FINDLAW - For legal professionals. **Leis consolidadas de Nova Iorque**, Leis de Direitos Cíveis - CVR § 48-a. Emprego de pessoas com certas doenças genéticas. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://codes.findlaw.com/ny/civil-rights-law/cvr-sect-48-a.html>.

_____ - **Family and Medical Leave: Overview**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://employment.findlaw.com/family-medical-leave/family-and-medical-leave-overview.html>.

Florida Legislature. **Estatutos da Flórida 2019**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0400-0499/0448/Sections/0448.075.html.

FONSECA, Alexandre Fontes da - **O genoma humano e a identidade do Espírito**. [Em linha]. Espiritualidade e Sociedade. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em: http://www.espiritualidades.com.br/Artigos/F_autores_FONSECA_Alexandre_textos/FONSECA_Alexandre_tit_Genoma_humano_e_a_identidade_do_espirito-O.htm.

FRANÇA. Legifrance.gouv.fr. Comité Consultatif National D'éthique Pour Les Sciences de La Vie et de La Santé. **Avis sur l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population**. (Problèmes des "banques" de l'DNA, des "banques" de cellules et de l'informatisation des données). [Em linha]. (1991/6/24). [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis025.pdf>.

FRANÇA, Rubens Limongi - Direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.º 567, jan. 1983. ISSN 0034-9275

_____ - **Manual de Direito Civil**. 3.^a ed. revista. Vol. I, p. 411-412. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. Edição sem ISBN.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa - **Intimidade e privacidade do trabalhador no direito internacional e comparado**. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-8965-9.

FRAZÃO, Ana - Nova LGPD: o tratamento dos dados pessoais sensíveis. JOTA. **Tecnologia**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>.

FREDMAN, Sandra - Enfrentando o futuro: igualdade substantiva sob os holofotes. **Revista da AJURIS** [em linha] – v.40 – nº 130 – Junho 2013, p. 443-482. [Consult. 22 mai 2022]. ISSN 2358-2840. Disponível em <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/305/240er>.

FREEMAN, Robert Edward - **Strategic management: a stakeholder approach**. Cambridge University Press. 1984. ISBN 978-0-521-15174-0.

FRIEDMAN, Milton - **Capitalismo e Liberdade**. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Gen/LTC 2014. ISBN 978-85-216-2708-1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. Vol. I, p. 153-154. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. ISBN 8502037560.

GALUPPO, Marcelo Campos - **Da ideia à defesa: monografias e teses jurídicas**. 2.^a ed. atualizada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. ISBN 978-85-7604-180-1.

_____ - O que são os direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233. ISBN 85-7308-622-X.

GALVANI, Giovanna - Reforma trabalhista faz Brasil entrar na 'lista suja' da OIT novamente. **Carta Capital**. [Em linha]. 11/6/2019. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/mundo/reforma-trabalhista-faz-brasil-entrar-na-lista-suja-da-oit-novamente/>.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de - **Manual de Direitos Humanos**. 1.^a ed. Salvador: Juspodivm. 2014. ISBN 978-8544204573.

GARRAFA, Volnei - Bioética e Ciência: até onde avançar sem agredir. In COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.) **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 105. ISBN 85-87077-02-3.

GHENTE.ORG - **Documentos jurídicos**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://www.ghente.org/>.

GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto - **Estudos de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2579-4.

GÓES, Andréa Carla de Souza; OLIVEIRA, Bruno Vinicius Ximenes de - **Projeto Genoma Humano: um retrato da construção do conhecimento científico sob a ótica da revista Ciência Hoje**. [Em linha]. SCIELO. Ciência&Educação. Bauru. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-73132014000300561. ISSN 1980-850X).

GOMES, Daniela Vasconcellos - Algumas considerações sobre os direitos da personalidade. **Boletim Jurídico**. [Em linha]. Uberaba/MG, a. 12, nº 752. [Consult. 25 Mai. 2018]. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2119/algumas-consideracoes-os-direitos-personalidade.

GOMES, Joaquim B. Barbosa - **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade.** O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. ISBN 978-85-71-4724-88.

_____ - **O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa.** [Em linha]. XADREZ JUSTIÇA. [Consult. 28 Jul. 2018]. Disponível em <http://cassiuschess.blogspot.com/2013/03/arremesso-de-ano-dignidade-humana-x.html>.

GOMES, Júlio Manuel Vieira - **Direito do Trabalho. Relações individuais de trabalho.** Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723214826.

GOMES, Orlando - **Introdução ao direito civil.** 12.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Edição sem ISBN.

_____ - **Introdução ao Direito Civil.** 14.^a ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. ISBN 853090852X.

_____ - **Introdução ao direito civil.** 19.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 9788530925826.

GONÇALVES, Diogo Costa - **Pessoa e Direitos de Personalidade: fundamentação ontológica da tutela.** Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724032962.

GONÇALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves - Terapia gênica: avanços, desafios e perspectivas. **Revista do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein.** [Em linha]. v. 15, n.º 3. São Paulo: 2017. p. 369-375. ISSN 1679-4508. ISSN on-line: 2317-6385. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em <https://journal.einstein.br/pt-br/article/terapia-genica-avancos-desafios-e-perspectivas-2/>.

GONÇALVES, Simone Cruxên - **Limites do “jus variandi” do empregador.** São Paulo: LTr, 1997. ISBN 85-7322-269-7.

GONZÁLEZ, Jaime - Investigação revela história secreta de esterilização de latinos nos Estados Unidos. **BBC - News Brasil.** [Em linha]. [Consult 12 Out. 2019]. Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130711_esterelizacao_secreta_latinos_an.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - Direitos Fundamentais. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa.** Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora, 2013. 413 p. ISBN 978-972-724-642-7.

GRAU, Eros Roberto - **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 384 p. ISBN 9788574208954.

GUERIN, Lisa; DELPOLO, Amy - **The essencial guide to federal employment laws.** p. 236. 5.^a ed. Berkley-CA: FOURTH Edition, 2016. ISBN 9781413322811.

GUERRA FILHO, Willis Santiago - Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos Direitos Humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. ISBN 8573480394.

_____ - **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 3.^a ed. São Paulo: C. Bastos, 2003. 174 p. Edição sem ISBN.

GUNTHER, Luiz Eduardo - A importância dos proteção dos direitos à intimidade e à privacidade dos trabalhadores. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. (Org). **Direitos Humanos dos Trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-9058-7.

GURGEL, Yara Maria Pereira - **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação:** sua Aplicação às Relações de Trabalho. [Em linha]. São Paulo: 2007. Tese doutorado direito. [Consult. 12 Mar. 2019]. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7852/1/Yara%20Maria%20Pereira%20Gurgel.pdf>.

HABERMAS, Jürgen - **Faktizität und Geltung.** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1998. ISBN 9783518581261.

_____ - **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? Tradução: Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ISBN: 978-8533-619-94-4.

HALACHÁ - **Conceito, o que é, Significado.** [Em linha]. Editorial Conceitos. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://conceitos.com/halacha/>.

HAMMERSCHMIDT, Denise - Direito e Discriminação Genética. **Revista do Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina - UEL.** [Em linha]. V. 1 - número 2 - mai/ago 2008. p. 1-26. ISSN 1983-5299. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Discrimina%C3%A7%C3%A3oGen%C3%A9ticaDeniseHammerschmidt.pdf>.

HELPLINE LAW. EUA Illinois. **Lei de privacidade de informações genéticas.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.helplinelaw.com/usa-statutes/illinois/PUBLIC%20HEALTH/410%20ILCS%20513>.

HERRERA FLORES, Joaquim - **A reinvenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. ISBN: 978-85-7840-012-5.

HIRATA, Alessandro - Direito à privacidade. **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP).** [Em linha]. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1.^a ed. São Paulo: 2017, abril. ISBN on-line: 978-85-60453-35-1. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>.

HOBBS, Thomas - **LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2009. Edição sem ISBN.

HÖFFE, Ottfried - **Derecho Intercultural.** Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000. ISBN 9788474328424.

HUXLEY, Aldous - **Admirável mundo novo.** Tradução Lino Vallandro e Vidal Serrano. 22.^a ed. São Paulo: Globo, 2014. 314p. ISBN 978-75-250-5644-3.

Idaho Legislature. **Estatutos de Idaho.** [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title39/T39CH83/SECT39-8303/>.

INFOPEDIA. **Darwinismo Social.** [Em linha]. Dicionários Porto Editora. [Consult. 17 Mai. 2018]. Disponível em [http://www.infopedia.pt/\\$darwinismo-social](http://www.infopedia.pt/$darwinismo-social).

JABUR, Gilberto Haddad - **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada:** Conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 85-203-1928-9.

JENSEN, Michael C - Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. SSRN. **Journal of Applied Corporate Finance.** [Em linha]. V. 14, n.º 3. 2001.

[Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=220671.

JUNQUEIRA, Rafael Cenamo - **Da responsabilidade social da empresa nas relações de emprego**. MIGALHAS. [Consult. 11 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275014,51045Da+responsabilidade+social+da+empresa+nas+relacoes+de+emprego>.

JUSTIA Dockets & Filings. **Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego v. BNV Home Care Agency, Inc.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://dockets.justia.com/docket/new-york/nyedce/1:2014cv05441/360745>.

JUSTIA US Law. **Código de Maryland-2018**. Subtítulo 6 - Discriminação no emprego. § 20-606. Práticas ilegais de emprego. [Em linha]. [Consult. 22 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/maryland/2018/state-government/title-20/subtitle-6/section-20-606/>.

_____ - **Estatutos do Novo México de 2006** - Artigo 21 - Privacidade de informações genéticas, 24-21-1 a 24-21-7. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://law.justia.com/codes/new-mexico/2006/nmrc/jd_ch24art21-ad31.html.

_____ - **Estatutos revisados das leis da Louisiana de 2013**. Título 23 – Remuneração trabalhista. RS 23: 368 - Proibição de discriminação genética no local de trabalho; privacidade. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/louisiana/2013/code-revisedstatutes/title-23/rs-23-368/>.

_____ - **Nevada Legislature**. Capítulo 613. Práticas de emprego. NRS 613.345: Práticas ilegais de emprego. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/nevada/2017/chapter-613/statute-613.345/>; <https://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-613.html#NRS613Sec345>.

_____ - **New Jersey Legislature**. Código de New Jersey 2009. Título 10. Direitos Cíveis. Seção 10.5. [Em linha]. [Consult. 14 Abr. 2018]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/new-jersey/2009/title-10/section-10-5>.

_____ - **Oklahoma State Legislature**. Lei de Não Discriminação Genética no Emprego. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://law.justia.com/codes/oklahoma/2015/title-36/section-36-3614.2/>.

Kansas State. **Sessões legislativas**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em http://www.kslegislature.org/li_2014/b2013_14/statute/044_000_0000_chapter/044_010_000_0_article/044_010_0009_section/044_010_0009_k/.

KANT, Immanuel – **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. In **Os pensadores** (Kant II). São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 101-162. ISBN 972-44-0306-8.

_____ - **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018, p. 77-78. ISBN 978-85-440-0199-8.

KEVLES, Daniel J. - **In the name of eugenics: genetics and the uses of human heredity**. New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1995. ISBN 0-674-44557-0.

KRAMER, Samuel Noah - **La historia empieza en Sumer**. Traducción del inglés: Jaime Elías. Barcelona: Ediciones, S.A., 1985. ISBN: 84-7530-942-9.

KREILTON, Maria Priscilla - **A Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial**. [Em linha]. ANPAD - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2004-gsa-2651.pdf>.

LAFER, Celso - **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. ISBN 8571640114.

_____ - **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Edição sem ISBN.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade - **Fundamentos de metodologia científica**. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 8522440158.

LAW SERVER. **Estatutos revistos do Hawaii**. 378-2- Práticas discriminatórias tornadas ilegais; ofensas definidas. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.lawserver.com/law/state/hawaii/hi-statutes/hawaii_statutes_378-2.

LEDUR, José Felipe - **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. 198 p. ISBN 9788575250787.

_____ - **Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ISBN 9788573485943.

_____ - Fundamentos dos direitos da personalidade do trabalhador: algumas reflexões. In ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org). **Direitos Humanos dos Trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-85-361-9058-7.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho**. Temas Laborais (Estudos e Pareceres). Coimbra: Edições Almedina S.A., 2006. Depósito legal 241079/06. ISBN 978-972-40-2793-7.

_____ - A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho. In **A Reforma do Código do Trabalho**, p. 126. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 9789723212907.

LEITE, Antonio José Mafezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio - **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 2 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado05.htm>.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra - **Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2.^a ed. São Paulo: LTr, 2008. ISBN 9788536108827.

_____ - **Curso de Direito do Trabalho**. 7.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0315-3.

_____ - **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8.^a ed. São Paulo: LTr, 2010. 1.310 p. ISBN 9788536114828.

_____ - Os Direitos da Personalidade na Perspectiva dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional do Trabalho. In BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Coord) - **Aspectos polêmicos e Atuais do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2007. ISBN 97-885-36-1097-87.

LEX MAGISTER. BRASIL - Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Comitê Gestor da rede integrada de bancos de perfis genéticos**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx.

LIMA NETO, Francisco Vieira - O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade. In MAZZEI, Rodrigo (Coord). **Coleção Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ISBN 978-85-375-0181-8.

LIMA, André - Patrimônio genético: De quem? Para quem? In **Revista de Direitos Difusos: Bioética e biodiversidade**. Ano II. Vol. 12. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Esplanada. 2002. ISSN 15179192.

LIMA, Firmino Alves - **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 85-361-0907-6.

LIMBERGER, Têmis - **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. ISBN 85-734-8463-2.

LINDEN, Rafael - Terapia gênica: o que é, o que não é e o que será. **Revista da Universidade de São Paulo (USP)**. [Em linha]. Instituto de Estudos Avançados. ISSN on-line 1806-9592. v. 24, n.º 70, 2010, p. 31-69. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10492/12234>.

LIS - Virginia law. **Code of Virginia**. Título 40.1 - Trabalho e emprego. § 40.1-28.7: 1. Testes genéticos ou características genéticas como condição de emprego. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://law.lis.virginia.gov/vacode/title40.1/chapter3/section40.1-28.7:1/>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto - Danos Morais e Direitos da Personalidade. **Revista Jurídica Notadez**. Porto Alegre, ano 49, mês junho, n.º 284, 2001. ISSN 0103-3379.

LOCH, Fernanda de Azambuja - Testes genéticos preditivos: uma reflexão bioético jurídica. UNIVERSITAT DE BARCELONA. **Revista de Bioética y Derecho**. [Em linha]. Número 30, jan. 2014, p. 92-108. Publicación del Máster em Bioética y Derecho. ISSN: 1886-5887. [Consult. 26 Set. 2019]. Disponível em <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/9912/12719>.

LOPES, Dulce - Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação. **Revista Debater a Europa**. [Em linha]. Coimbra. v. n.º 4. jan./jun. 2011. ISSN digital 1647-6336. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

LOPES, Nelly de Souza - **Bioética, Medicina e o Judaísmo**. [Em linha]. A biblia.org. 2006. Uma janela sobre o mundo bíblico. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://www.abiblia.org/ver.php?id=1194>.

MACHADO, Jônatas – **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, *Studia Iuridica*, Tese de Doutoramento. ISBN 972-32-1111-4.

MACIEL, Willyans - **Santo Agostinho**. [Em linha]. INFO ESCOLA. [Consult. 26 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.infoescola.com/biografias/santo-agostinho/>.

Maine Legislature. **Título 5, cap. 503. Uso de informação genética para fins de emprego**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.mainelegislature.org/legis/statutes/5/title5ch503sec0.html>.

MAIOR, Jorge Luiz Souto - **A “reforma” trabalhista gerou os efeitos pretendidos**. [Em linha]. BLOG. 12/5/2019. [Consult. 3 nov. 2019]. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-gerou-os-efeitos-pretendidos#_edn4.

MARINONI, Luiz Guilherme - **Teoria Geral do Processo**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 9788520332771.

_____ - **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 505 p. ISBN 9788520336380.

MARTHINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. Vol. I. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN 8520317960.

MARTINS, Ana Maria Guerra - O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação? In MIRANDA, Jorge - Prof. Doutor (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**, Vol. I. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010. ISSN 0870-3116.

MARTINS, João Nuno Zenha - **O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?** Oeiras: Celta Editora, 2002. ISBN 972-774-144-4.

MARTINS-COSTA, Judith - Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. V. 18, Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 153-170. ISSN digital 0104-6594. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71207/40420>.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich - **Manifesto do Partido Comunista**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Casal. Porto Alegre: L&PM, 2009. ISBN 978-85-254-1124-2.

MATTIA, Fábio Maria de - Direitos da personalidade: aspectos gerais. In CHAVES, Antônio (Coord.). **Estudos de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. Edição sem ISBN.

MATTIODA, Rosana Adami e CANGIOLIERI Jr. Oíris - Abordagem dos Conceitos do *Triple Bottom Line* no Desenvolvimento Integrado de Produtos. **Revista SODEBRAS**. [Em linha]. V. 7, 2012. ISSN 1809-3957. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/281243882_ABORDAGEM_DOS_CONCEITOS_DO_TRIPLE_BOTTOM_LINE_NO_DESENVOLVIMENTO_INTEGRADO_DE_PRODUTOS.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira - **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. V. 4. 2.^a ed. revista, atualiza e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-3098-19-45.

_____ - Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. In MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coord.). **Controle de convencionalidade**. Temas aprofundados. Salvador: Editora Juspodium, 2018. ISBN 978-85-4422-03-37

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de - Apresentação. In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CLAUS, Ben-Hur Silveira (Coords.). **A Teoria do diálogo das fontes no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2017. ISBN: 978-85-361-9416-5.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros. 2011. ISBN 978-85-742-0047-7.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FRÓES, César - **Responsabilidade Social & Cidadania Empresarial: A Administração do Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. ISBN 978-85-730-3292-5.

MELO, Raimundo Simão de - **Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de**

uma chance, prescrição. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2013. Versão impressa - ISBN 978-85-361-2424-7. Versão digital - ISBN 978-85-361-2509-1.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de *et al* - Direitos Humanos e Fundamentais, os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.^a Região**. Volume 42 - n.º 83 - julho/dezembro 2009, p. 63. ISSN 0100-1736

MERRIEN, François Xavier - O novo regime econômico internacional e o futuro dos Estados de Bem-Estar Social. In DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). **O Estado de Bem-estar Social no século XXI**. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-85-361-0987-9.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. 5.^a ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. 2259 p. ISBN 8506027594.

MICHIGAN LEGISLATURE. Pessoas com deficiência - Direito Civil. **Lei 220/1976**. [Em linha]. Seção 37.102-37.103. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(gefgmbj5eiwucyegyjy3cil3\)\)/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-37-1202](http://www.legislature.mi.gov/(S(gefgmbj5eiwucyegyjy3cil3))/mileg.aspx?page=getobject&objectname=mcl-37-1202).

MINAHIM, Maria Auxiliadora - **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 978-852-0327-62-3.

MINESOTA LEGISLATURE. The Office of the Revisor of Statute. **Ensaio genético no emprego**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=181.974>.

MIRANDA, Jorge - **Direitos Fundamentais**. 2.^a edição. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2017. ISBN 978-972-40-7217-3.

_____ - **Manual de Direito Constitucional**. 3.^a ed. Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 9788536111339.

_____ - **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. V. I, t. II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. ISBN 972-32-0419-3.

MONTEIRO, Adriana Carneiro - **Introdução ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 2 Mai. 2018]. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/culturais.html>.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de - **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11.^a ed. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2823-8.

MORAES JÚNIOR, Ariel Salette de - **Acesso às Informações Genéticas do Trabalhador**. Discriminação Genética e o Livre Consentimento Esclarecido. 1.^a ed. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 978-85-362-6006-8.

MORAES, Maria Celina Bodin de - O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, p. 105-148. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. ISBN 857348277x.

MORAES, Walter. Direitos da personalidade: estado da matéria no Brasil. In CHAVES, Antônio (Coord.). **Estudos de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 127. Edição sem ISBN.

MORATO, Antonio Carlos - Quadro Geral dos Direitos de Personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. [Em linha]. V. 106/107 p. 124.

jan./dez. 2011/2012. [Consult. 26 Mai. 2018]. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/quadro_geral_dos_direitos_da_personalidade.pdf.

MOREIRA, Adriano Fernandes - **Direito à vida privada e marketing direto no comércio eletrônico**. Gurupi: Célere, 2013. ISBN 978-85-91-5806-1-3.

MOREIRA, Teresa Coelho - **A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação**: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrônico do empregador. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2010. ISBN 978-972-40-4208-4.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Hereditariedade**. [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/hereditariedade.htm>.

MYSZCZUK, Ana Paula - **Genoma humano**. Limites jurídicos à sua manipulação. Curitiba: Juruá, 2006. ISBN 85-362-1044-3.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de - **Testes genéticos, eugenia e contrato de trabalho**: análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Genoma Humano e da Constituição Federal de 1988. [Em linha]. CONPENDI. Manaus. [Consult. 28 Mai. 2017]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1964.pdf.

NAJMANOVICH, Reuben - **Rosh hashaná e o livre arbítrio**. [Em linha]. Pensamentos do Rabino. 2011. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://pensamentosdorabino.blogspot.com/search?updated-max=2011-10-12T00:52:00-03:00&max-results=7&reverse-paginate=true>.

NASSIF, Elaine Noronha - Genética e discriminação no trabalho: uma cogitação. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região**. Jul/dez 1999. ISSN 00768855.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva - **Direito fundamental à autodeterminação informativa**. [Em linha]. Rio de Janeiro: Artigo. [Consult. 29 de Out. 2019]. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>.

NEVES, Maria do Céu Patrão - Bioética e biodireito. In NEVES, Maria do Céu Patrão. (Coord.). **Comissões de Ética**: das bases teóricas à actividade quotidiana. 2.ª ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2002. p. 499-502. ISBN 978-972-6032-73-1.

NEVES, Miguel Santos - **Direito internacional da água e conflitualidade internacional**: implicações do reconhecimento da água como direito humano. [Em linha]. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, p. 261-291. ISSN 2182-6900. [Consult. 11 Set. 2019]. Disponível em [www<URL://http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1>](http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/5053/direito_internacional_da_agua.pdf?sequence=1).

NIH - National Human Genome Research Institute. **Discriminação Genética**. [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genetic-Discrimination>.

_____ - **Estatuto do genoma e base de dados legislativa**. [Em linha]. Estatuto do Estado de Missouri. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genome-Statute-Legislation-Database?combine=&field_content_type_value=State+Statute&field_topic_value=Employment+Nondiscrimination&field_source_value=Missouri&items_per_page=25&op=Redefini%C3%A7%C3%A3o+de+.

NORTH CAROLINA GENERAL ASSEMBLY. **Capítulo 95**. [Em linha]. Departamento do trabalho e Regulamentos do trabalho. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.ncleg.gov/Laws/GeneralStatuteSections/Chapter95>.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin - Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. **Revista de direitos humanos e democracia**. [Em linha]. Editora Unijuí. Ano 1, n.º 1. Jan./jun, 2013, p. 250-280. ISSN 2317-5829 [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/368/691>.

NOVAIS, Jorge Reis - **A dignidade da pessoa humana**. Vol. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2016. ISBN 978-972-40-6157-3.

OBSERVATÓRIO DA DEFICIÊNCIA E DIREITOS HUMANOS. **Relatório Pessoas com Deficiência em Portugal**. Indicadores de Direitos Humanos. 2018. [Em linha]. Universidade de Lisboa. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. [Consult. 11 Mai. 2019]. Disponível em <http://oddh.iscsp.ulisboa.pt/index.php/pt/2013-04-24-18-50-23/publicacoes-dos-investigadores-oddh/item/387-relatorio-oddh-2018>.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno - **(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. ISBN 978-85-361-1515-3.

OLIVEIRA, Ebenezer Lima de - **Princípios Especiais do Direito do Trabalho**. [Em linha]. Jusbrasil. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <https://ebenezeroliveira.jusbrasil.com.br/artigos/313486889/principios-especiais-do-direito-do-trabalho>.

OLIVEIRA, José Sebastião; HAMMERSCHMIDT, Denise - Genoma Humano: Eugenia e Discriminação Genética. **Revista Jurídica Cesumar**. [Em linha]. V. 8, n.º 1, p. 181-183. Maringá: 2008. ISSN on-line: 2176-9184. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/728/564>.

OLIVEIRA, Simone Born de - **Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002. ISBN: 853620314-5.

OREGON STATE LEGISLATURE. **Capítulo 659A - Discriminação ilegal no emprego, acomodações públicas e transações de imóveis**; Execução Administrativa e Civil. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/ors/ors659A.html.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Quem somos**. [Em linha]. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **A hora da igualdade no trabalho**. [Em linha]. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, Relatório I (B), Conferência Internacional do Trabalho, 91.ª Sessão, Genebra, 2003, n.º 11. [Consult. 20 Abr. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226898.pdf.

_____ - **Agenda Nacional do Trabalho Decente**. [Em linha]. Brasília, 2006. [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226229.pdf.

_____ - Conferencia Internacional del Trabajo, 108.ª reunión. **Aplicación de las normas internacionales del trabajo. 2019**. [Em linha]. Informe de la Comisión de Expertos em Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22, 23 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte A). Genebra: OIT. ISBN on-line: 978-92-2-131807-1.

[Consult. 2 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_670148.pdf.

_____ - **Convenções não ratificadas.** [Em linha]. [Consult. 18 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm.

_____ - **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento.** [Em linha]. [Consult. 10 Jun. 2018]. Disponível em http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS_336958/lang--pt/index.htm.

_____ - **Futuro do Trabalho no Brasil: perspectivas e diálogos tripartites.** [Em linha]. Brasil: OIT, 2018. ISBN on-line: 978-92-2-830943-0. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_626908.pdf.

_____ - Igualdade no trabalho: Enfrentar os desafios. **Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho.** [Em linha]. Conferência Internacional do Trabalho 96.^a Sessão 2007. Relatório I(B). Genebra. p. 54. ISBN 978-92-2-818130-2. ISSN (original) 0074-6681. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_665540.pdf.

_____ - **Normas Internacionais de Trabalho.** [Em linha]. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>.

_____ - **Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo: Tendências para Mulheres 2018.** [Em linha]. Genebra: OIT. 2018. ISBN digital 978-92-2-328518-0 (versão em Espanhol). [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_619603.pdf.

_____ - **Relatório Global sobre Discriminação no Trabalho: A Hora para Igualdade no Trabalho.** [Em linha]. [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226898.pdf. 9.

_____ - **Relatório Trabalho Decente nas Américas: uma agenda hemisférica, 2006-2015.** [Em linha]. Brasília. 2006. ISBN 978-92-2-818510-2 (versão web pdf). [Consult. 3 Out. 2019]. Disponível em <http://multimidia.curitiba.pr.gov.br/2011/00093047.pdf>.

_____ - **Relatório Trabalho Digno em Portugal 2008-18: da crise à recuperação.** Genebra, 2018. ISBN 978-92-2-132123-1.

_____ - **Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho / Organização Internacional do Trabalho, [Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho].** [Em linha]. 3.^a ed. - Brasília: OIT, 2010 124 p. ISBN: 9789228234442;9789228234459 (web pdf). [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229645.pdf.

_____ - Secretaria Internacional do Trabalho. **Gestão de questões relativas à deficiência no local de trabalho: Repertório de recomendações práticas da OIT.** [Em linha]. Tradução de Edilson Alkmin Cunha; revisão técnica de João Baptista Cintra Ribas. 1.^a ed., rev. - Brasília: OIT, 2006. 64 p. ISBN 92-2-813686-3. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226252.pdf.

_____. - **Trabalhar para um Futuro Melhor. Comissão Mundial sobre o Futuro do Trabalho.** [Em linha]. Lisboa: OIT, 2019. Tradução: OIT-Brasília (revista). ISBN on-line: 978-972-704-423-8. [Consult. 4 Nov. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf.

OSSEGE, Albany Leite - **Bioética e novas fronteiras: mapeamento genético em trabalhadores.** [Em linha]. Tese (Doutoramento em bioética). Faculdade de Ciências da Saúde. Universidade de Brasília. 2018. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/32771/1/2018_AlbanyleiteOssege.pdf.

OTERO, Paulo - Dignidade da Pessoa Humana. In GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord). **Enciclopédia da Constituição Portuguesa.** Lisboa: Quid Juris? Sociedade Editora Ld.ª, 2013. ISBN 978-972-724-642-7.

PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro - O sistema de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. Entre a autonomia e o compromisso. **JULGAR**, n.º 14 - Maio/Agosto 2011, p. 11-12. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2011. ISSN 1646-8853.

PARLAMENTO EUROPEU – **A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado.** [Em linha]. Estudo – EPRS – Direção-Geral dos Serviços de Estudos do Parlamento Europeu – Unidade Biblioteca de Direito Comparado - Novembro 2018 – [Consult. 23 mai 2022]. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/630294/EPRS_STU\(2018\)630294_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/630294/EPRS_STU(2018)630294_PT.pdf). ISBN 978-92-846-4349-3

PARLAMENTO EUROPEU. **Comissão das Comunidades Europeias. Livro Verde.** [Em linha]. Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas. Ponto 20. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=EN>.

PAROSKI, Mauro Vasni - **Direitos Fundamentais e acesso à Justiça na Constituição.** São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1133-9.

PAULA, Albertina Sarti de *et al* - **Ação Sindical sobre o Trabalho Decente das Pessoas com Deficiência: Um Panorama Mundial.** [Em linha]. Tradução: Romeu Kazumi Sasaki. OIT, 2017. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em http://www.ecidadania.org.br/media/Documento%20da%20pesquisa%20da%20OIT_%20OIT_v4.pdf.

PAULA, Felipe de - Terapia gênica humana: o desafio do direito frente a parâmetros de tempo e risco. **Revista Jurídica da Presidência.** [Em linha]. Brasília, fev./mar. 2007, v. 8, n.º 83, p.119-148. ISSN on-line: 2236-3645. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/39/showToc>.

PECES-BARBA, Gregório – Escritos sobre derechos fundamentales. Eudema. Madrid, 1988, p. 199-2902. [Em linha]. **AMNISTIA Internacional.** [Consult. 11 Jun. 2022]. Disponível em <https://www.amnistiacatalunya.org/edu/2/dh/dh-der-economicos-pecesbarba.html#re>

PEREIRA, Marcelo Cardoso - **Direito à intimidade na internet.** Curitiba: Juruá Editora, 2003. ISBN 85-362-0516-4.

PERLINGIERI, Pietro - **Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 8571470383.

PESQUEUX, Yvon; VASCONCELOS, Isabella Francisca Freitas Gouveia de - **Teoria da Ação Comunicativa e responsabilidade social empresarial: uma proposta de pesquisa**. [Em linha]. SCIELO. Cadernos EBAPE.BR, (*online*). Mar. 2013, v. 11, n.º 1, artigo 3, Rio de Janeiro, p. 36-40. [Consult. 19 Set. 2019]. ISSN 1679-3951. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512013000100004>.

PESSINI, Leo - As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Revista Bioética**. [Em linha]. 2013, v. 21, n.º 1. p. 9-19. ISSN digital 1983-8034. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/784/849.

PESSINI, Leo; HOSSNE, William Saad - Bioética e religião: um diálogo necessário. **Revista Bioethikos**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo. v. 7, n.º 4. out./dez. 2013, p. 363-366. Editorial. ISSN on-line: 1981-8254. [Em linha] Consult. 2 Out. 2019. Disponível em <https://saocamilo-sp.br/bioethikos/bioethikosdetalhes/155557>.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de - **Problemas atuais de bioética**. 8.^a ed. São Paulo: Loyola, 2007. ISBN 978-85-15-00321-1.

PIMENTA, José Roberto Freire - A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In PIMENTA, José Roberto Freire et al. **Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo**. São Paulo: LTr. 2009. ISBN 978-85-361-1347-0.

PINTO, Paulo Mota – **A proteção da vida privada e a Constituição**, p. 162-163. Coimbra. BFDUC. Coimbra Editora. Vol. LXXVI, 2000. ISSN 0303-9773.

PIOVESAN, Alexandre Valle; MIZIARA, Raphael - O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. ISSN eletrônico 1518-4882. [Consult. 5 nov. 2019]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral/1>.

PIOVESAN, Flávia - **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. [Em linha]. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. [Consult. 8 Abr. 2019]. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. ISSN 0102-8065.

_____- **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-14327-2.

_____- Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. ISBN 85-7420-523-0.

_____- Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, n.º 1, jan - mar. 2009, p. 107-108. Porto Alegre: Magister Editora. ISSN 0103-7978.

_____- **Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf.

PIOVESAN, Flávia; RUSSO JUNIOR, Rômulo - Direitos Humanos, Dignidade humana e Direitos da Personalidade. In FILOMENO, José Geraldo Brito [et al] (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. ISBN 8573087188.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo - **Princípios de direito do trabalho: fac similada**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-3177-1.

PORTO, Noemia - **O trabalho como categoria constitucional de inclusão**. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-85-361-2480-3.

PORTUGAL - CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego. **Boas práticas de igualdade no trabalho e no emprego**. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <http://cite.gov.pt/pt/acite/boaspraticas.html>.

_____. Diário da República Eletrônico – DRE - n.º 164/2003 Série I-A de 2003- 07-18, p. 4142-4187. **Acórdão 306/2003**. [Em linha]. [Consult. 12 Ago. 2018]. Disponível em <http://data.dre.pt/eli/ac/306/2003/07/18/p/dre/pt/html>.

_____. - DRE - Diário da República Eletrônico. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 228/2007**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/2091697/details/maximized>.

_____. - DRE - Diário da República Eletrônico. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 225/2018**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

_____. - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão n.º 155/2007**. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.

PRIES, Ludger e BEKASSOW, Natalia - Discriminação e Racismo na União Europeia: diagnóstico de uma ameaça negligenciada e da investigação científica correspondente. **Revista Sociologias**. [Em linha]. Porto Alegre, ano 17, no 40, set/dez 2015, p. 176-211. ISSN on line: 1807-0337. [Consult. 18 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.seer.ufrgs.br/sociologias>.

PROENÇA, Carlos – **Tutela jurisdicional efetiva no direito na União Europeia: dimensões teóricas e práticas**. Tese (Doutoramento em Direito). [Em linha]. [Consult. 26 Jun. 2022]. Universidade de Coimbra 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/26659/1/Tutela%20jurisdicional%20efetiva%20no%20direito%20da%20Uni%c3%a3o%20Europeiaa.pdf>.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006. ISBN 8536108975.

QUEIROZ, Cristina M. M. - **Direitos Fundamentais**. Teoria Geral. 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010. ISBN 978-972-32-1824-4.

QUINTAS, Paula do Couto - **Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013. (Teses de Doutoramento). ISBN 978-972-40-5135-2.

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder - **Código do trabalho: anotado e comentado**. 4.ª ed. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2016. ISBN 978-972-40-6557-5.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000. Depósito legal 155461/00.

_____ - **Direito Social na União Europeia.** Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009. ISBN 978-972-40-3991-6.

_____ - **Estudos de direito do trabalho.** vol. I. Coimbra: Almedina, 2003. Depósito legal 196660/03.

RAMOS, André de Carvalho - **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.** 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13410-2.

RAMOS, Brasilino Santos - **Razoável duração do processo e efetividade da tutela dos direitos fundamentais do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-361-2326-4.

RAWLS, John - **Justiça como Equidade.** Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 978-85-33-6175-20.

_____ - **Uma Teoria da Justiça.** Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 978-85-80632675.

REDE BRASILEIRA DO PACTO GLOBAL. **Histórico.** [Em linha]. [Consult. 12 Mai. 2019]. Disponível em <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/63/Historico>>.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares - Que é isto - O Direito do Trabalho? In: PIMENTA, José Roberto Freire [et al] (Coord.). **Direito do Trabalho: Evolução Crise e Perspectivas.** São Paulo: LTr, 2004. ISBN 85-361-0513-5.

RESNICK LAW GROUP-RGL - **EEOC Settles Genetic Discrimination Lawsuit for \$125,000.** [Em linha]. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://www.thenjemploymentlawfirmblog.com/amp/2017/01/eecoc-settles-genetic-discrimination-lawsuit-125000.html>.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan - **Proteção da privacidade.** São Leopoldo: Editora Unissinos, 2003. ISBN 85-743-1187-1.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho - **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante.** São Paulo: LTr, 2008. ISBN 978-85-361-1130-8.

RIOS, Roger Raupp - **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 9788573485523.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da - Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n.º16. Brasília, janeiro - abril de 2015, p. 11-37. [Em linha]. ISSN digital 2178-4884. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2223/1974>.

RIVARD, Laura - **America's Hidden History: The Eugenics Movement.** [Em linha]. SCITABLE. Genetics Generation. [Consult. 6 Out. 2019]. Disponível em <https://www.nature.com/scitable/forums/genetics-generation/america-s-hidden-history-the-eugenics-movement-123919444>.

ROBL FILHO, Ilton Norberto - **Questiones Constitucionales.** Constituição Mexicana de 1917 e os avanços dos Direitos Sociais no Brasil. [Em linha]. SCIENCE DIRECT. [Consult. 30 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919318300283#bi0010>.

RODOTÀ, Stefano; MORAES, Maria Celina Bodin de - **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN: 978-8571-4768-82.

RODRIGUES Jr, Edson Beas (Org.) - **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9219-2.

RODRIGUES, Natália Queiroz Cabral - **Relação de trabalho sadia: função social da propriedade versus livre-iniciativa**. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8595-8.

ROHLING, Marcos - Habermas e a crítica à eugenia liberal. **PÓLEMOS**. Revista de Estudantes de Filosofia da Universidade de Brasília. v. 2, número 3, Brasília: 2013. p. 165-184. [Em linha]. ISSN eletrônico: 2238-7692. [Consult. 8 Out. 2019]. Disponível em <http://periodicos.unb.br/index.php/polemos/article/view/11554/10170>.

ROMITA, Arion Sayão - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5.^a ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2840-5.

_____ - **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 9788536121444.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Os direitos fundamentais e a pandemia da COVID 19: o cidadão deficiente e o terceiro setor. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais IURJ** – [Em linha]. Vol 1, Nº 1 – 2020, p. 62/73. [Consult. 5 Mai 2022]. ISSN 2675-634X. Disponível em <https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/article/download/8/5/9>.

_____ - O recurso constitucional de amparo. [Em linha]. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. [Em linha]. ISSN 2182-6900. N.º 1 (2012), p. 43-63 [Consult. 8 Jun 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/305fde3cddf188ab802569660044179b/7b9221b827b43f3a80257aee0055e9bc?OpenDocument>.

ROTHSTEIN, Mark A. - The Genetic Information Non-Discrimination Act does not protect Americans from genetics discrimination In Human Genetics. In GERDES, Louise I. (Coord). **Human Genetics**. Farmington Hills-MI: Gale and Greenhaven Press, 2014, p. 204-210. ISBN 978-0-7377-6954-8.

SALGADO, Joaquim Carlos - Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 20, n.3, jul.-set/1966. ISSN 0102-1052.

SAMPAIO, José Adércio Leite - Análise do inciso X do art. 5º da CF. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al., (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. ISBN 9788502021626.

_____ - **Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. ISBN 978-85-384-0109-4.

_____ - **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. ISBN 978-85-730-8733-8.

SANTIAGO, Emerson - **Pacto de São José da Costa Rica**. [Em linha]. InfoEscola. [Consult. 4 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>.

SANTOS, Ana Célia de Julio; FERRARO, Valkiria Aparecida Lopes - Da vida Humana e seus novos paradigmas: a manipulação genética e as implicações na esfera da responsabilidade civil. **SCIENTIA IURIS**. [Em linha]. Londrina. v. 10, p. 39-57. 2006. ISSN 1415-6490. EISSN 2178-8189. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4109>.

SANTOS, Boaventura de Sousa - Os processos de globalização. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A globalização e as ciências sociais**. 3.^a ed. São Paulo: Cortez, 2005. ISBN 85-249-0835-1.

_____ - **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5.^a ed. São Paulo: Cortez, 1999. ISBN 978-85-249-0578-0.

SANTOS, Felipe Duarte - **Os limites da democracia no século XXI**. [Em linha]. P - Pense bem, pense público. [Consult. 3 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.publico.pt/2017/02/03/ciencia/noticia/os-limites-da-democracia-no-seculo-xxi-1760661>.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.^a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. ISBN 978-85-7348-708-4.

_____ - Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003. ISBN 85-7420-523-0.

_____ - **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN 8573483342.

_____ - O direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável. **Revista TST**. [Em linha]. Brasília, v. 80, n.º 1, p. 22-35, jan./mar. 2014. ISSN 0103-7978. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/revista-do-tst>.

SANTOS, Ivone L.; SHIMIZU, Helena E.; GARRAFA, Volnei - Bioética de intervenção e pedagogia da libertação: aproximações possíveis. **Revista Bioética**. [Em linha]. 2014, v. 22, número 2. p. 271-281. ISSN on-line: 1983-8034. [Consult. 7 Out. 2019]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/916/1042.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos - **A eficácia dos Direitos Fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010. ISBN 978-85-361-1571-9.

SARMATZ, Leandro - **Espiritismo, que religião é essa?** [Em linha]. Revista Superinteressante. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://super.abril.com.br/historia/espirtismo-que-religiao-e-essa/>.

SARMENTO, Daniel - A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 258-259. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. ISBN 85-7308-622-X.

_____ - **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. ISBN 978-85-375-762-9.

SAUWEN, Regina Lúcia Fiuza - Da persona ao clone. A Visão do Biodireito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. [Em linha]. N.º 17, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. 1999. [Consult. 5 Out. 2019]. Disponível em [http://www.idclb.com.br/revistas/17/revista17%20\(26\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/17/revista17%20(26).pdf).

SCHEMKEL, Rodrigo Zasso - Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados. **Revista Jus Navigandi**. [Em linha]. Teresina, ano 10, n.º 812, 23 set. 2005.

[Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7309/violacao-do-direito-a-privacidade-pelos-bancos-de-dados-informatizados/4>. ISSN 1518-4862.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça - Breves anotações sobre as Convenções Fundamentais da OIT. In LAGE, Émerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (Orgs). **Direito do trabalho e o direito internacional**, questões relevantes homenagem ao Professor Osiris Rocha. São Paulo: LTr, 2005. ISBN 8536107227.

SCHRAMM, Fermin Roland - Eugenia, Eugénica e o Espéctro do Eugenismo: Considerações atuais sobre biotecnociência e bioética. **Revista Bioética**. [Em linha]. V. 5. n.º 2. [Consult. 30 Mai. 2017]. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/384/484.

SCHWABE, Jurgén - **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. [Em linha]. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, p.56-59. Tradução Marcela Anzola Gil Emilio Maus Ratz. Fundación Konrad Adenauer A.C. México, 2009. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

SCIENCE. **O que são os genes deletérios?** [Em linha]. [Consult. 17 Out. 2019]. Disponível em <http://pt.scienceaq.com/Biology/100411566.html>.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de - A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachid; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords). **Transformações do direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 97-108. ISBN 857394349-1.

SGRECCIA, Elio - **Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica**. 2.^a ed. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2002. ISBN 85-15-01285-5.

SHEA, Robin - **Civil Action n.º 1:13-CV-2425-AT**. Jack Lowe and Dennis Reynolds v. Atlas Logistics Group Retail Services (Atlanta), LLC. [Em linha]. Constangy, Brooks, Smith&Prophete llp. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <http://hr.cch.com/ELD/LoweAtlas.pdf>.

_____ - **Employers, you'll never pooh-pooh the GINA again**. [Em linha]. Constangy, Brooks, Smith&Prophete llp. [Consult. 24 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.constangy.com/employment-labor-insider/employers-youll-never-pooh-pooh-the-gina-again>.

SIDOU, J. M. Othon - **Dicionário Jurídico**. 3.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária/Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1995. Edição sem ISBN.

SILVA, Ariadna Fernandes; DIAS, Eduardo Rocha – Discriminação genética nas relações de trabalho: violação aos direitos da personalidade do trabalhador. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 7 (2021), N.º 4 – p. 155-198. [Em linha]. [Consult. 29 mai 2022]. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-7-2021-n-4/216>. ISSN: 2183-539-X.

SILVA, Edson Ferreira da - **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. ISBN 85-864-4257-7.

SILVA, José Afonso da - **Direito Ambiental Constitucional**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 978-8574208985.

_____ - **Interpretação da Constituição**. [Em linha]. TCMSP - Tribunal de Contas do Município de São Paulo (Brasil). I Seminário de Direito Constitucional Administrativo. Maio/junho de 2005. [Consult. 20 Set. 2015]. Disponível em [www.http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm).

SILVA, Joseph de Plácido e - **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 3. Edição sem ISBN.

SILVA, Luzia Gomes da - **A evolução dos Direitos Humanos**. [Em linha]. Conteúdo Jurídico. [Consult. 20 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-dos-direitos-humanos,42785.html>.

SIMÓN, Sandra Lia - **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000. 299 p. ISBN 8573229381.

_____ - O Ministério Público do Trabalho e as Coordenadorias Nacionais. In PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org). **Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias temáticas**. Brasília: ESMPTU, 2006. p. 7-13. ISBN 8588652-08-0.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de - Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**. [Em linha]. Rio Grande, v. 13, n.º 80, Out. 2010. [Consult. 11 Mai. 2018]. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-da-personalidade/>.

SODER, José - **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960. Edição sem ISBN.

SOLOVE, Daniel J - A Taxonomy of Privacy. **University of Pennsylvania Law Review**. [Em linha]. Vol. 154, janeiro/2006, n.º 3, p. 477-560. [Consult. 8 Ago. 2018]. Disponível em [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf).

_____ - **Understanding Privacy**. Harvard: Harvard University Press, 2009. 257 p. ISBN 10: 0674035070 e ISBN-13: 978-0674035072.

SOUSA, Rabidranath Valentino Aleixo Capelo de - **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora S/A., 2011 (reimpressão). ISBN 972-32-0677-3.

South Dakota Legislature. Leis Codificadas. **Obrigações do empregador e do empregado**. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em http://sdlegislature.gov/Statutes/Codified_Laws/DisplayStatute.aspx?Type=Statute&Statute=60-2-20.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de - Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista da Associação Médica do Rio Grande do Sul**. [Em linha]. Porto Alegre, v. 56, número 3, p. 268-273, jul-set. 2012. ISSN 0102-2105. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protecao_juridico_penal_da_intimidade.pdf.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de - **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri, SP: Manole, 2002. ISBN 8520416403.

SROUR, Robert Henri - **Poder, cultura e ética nas organizações**. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. ISBN (versão eletrônica) 978-85-352-5719-9.

State of Delaware. **Código de Delawere on line**. [Em linha]. Título 19. Trabalho. Disposições Gerais. Cap. VII - Práticas de Emprego. Subcapítulo II - Discriminação no emprego. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://delcode.delaware.gov/title19/c007/sc02/index.shtml>.

State of Rhode Island General Assembly. **Leis gerais do Estado de Rhode Island**. [Em linha]. Capítulo 28-6.7. Testes genéticos como condição de emprego. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://webserver.rilin.state.ri.us/Statutes/TITLE28/28-6.7/INDEX.HTM>.

STERN, Klaus - **Das Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie**. Vol. III/1, München: C.H. Beck, 1988. ISBN 978-3-406-07019-8.

STIGLITZ, Joseph E - **A globalização e seus malefícios**. A promessa não cumprida de benefícios globais. Tradução Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002, ISBN 978-85-741-3121-4.

STUDENT, Gil - **O que é o Talmud?** [Em linha]. Ser judeu. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/talmud/home.html>.

SZANIAWSKI, Elimar - **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 8520327559.

_____ - **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2002. ISBN 8520327559.

TAIAR, Rogério - **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. [Em linha]. USP - Biblioteca Digital. Tese de Doutorado. 2009. [Consult. 21 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.theses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-24112009-133818/pt-br.php>.

TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. 10.^a edição, São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-16031-6.

TAVARES, Raquel - **O que são os Direitos Humanos?** [Em linha]. Procuradoria Geral da República-PT. GDCC. [Consult. 1.^o Mai. 2018]. Disponível em <http://direitoshumanos.gdcc.pt/IPAG1.htm>.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet; HAEBERLIN, Martin - **A proteção da privacidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. ISBN 85-752-5306-9.

TEPEDINO, Gustavo - **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. ISBN 8571471037.

Texas Constitution and Statutes. **Análise de reclamações de discriminação**; relatório. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/LA/htm/LA.301.htm#301.156>.

_____ - **Código de Ocupações**. [Em linha]. Título 2. Capítulo 58. Uso de informação genética. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/OC/htm/OC.58.htm>.

_____ - **Subcapítulo H. Uso discriminatório de informação genética**. [Em linha]. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/LA/htm/LA.21.htm#21.401>.

The General Court of New Hampshire. **Título X. Saúde Pública. Capítulo 141-H de ensaio genético**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <http://www.gencourt.state.nh.us/rsa/html/x/141-h/141-h-mrg.htm>.

The Iowa Legislature. **Chapter 729. Infringement of individual rights**. [Em linha]. [Consult. 13 Out. 2019]. Disponível em <https://www.legis.iowa.gov/docs/code/2015/729.pdf>.

Toda Biologia.com. **Gregor Mendel**. [Em linha]. [Consult. 30 Set. 2019]. Disponível em https://www.todabiologia.com/pesquisadores/gregor_mendel.htm.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák**. [Em linha]. [Consult. 16 Set. 2019]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=63630&pageIndex=0&doclang=PT&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5224382>.

_____ - **InfoCuria Jurisprudência**. [Em linha]. [Consult. 10 Nov. 2019]. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado - **Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio**. [Em linha]. DHNET. Macrotemas. [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm.

_____ - **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**, p. 7; 10-11; 71. [Em linha]. Organização dos Estados Americanos - OEA. [Consult. 8 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. **Glosário das sínteses**. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/community_legal_instruments.html?locale=pt.

_____ - EUR-Lex. **Marshall/Southampton and South-West Hampshire área health authority**. Acórdão do Tribunal. 26 de fevereiro de 1986. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0152&from=FR>.

_____ - EUR-Lex. **Processo C-104/09. Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT AS**. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Sreção). 30 de setembro de 2010. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0104&from=EN>.

_____ - European Justice. **Jurisprudência da EU**. [Em linha]. [Consult. 8 Set. 2019]. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_eu_case_law-12-pt.do.

_____ - **Processo C-303/06. S. Coleman contra Attridge Law e Steve Law**. Acórdão do Tribunal de Justiça. Grande Secção. 17 de julho de 2008. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0303&from=EN>.

_____ - **Processo C-555/07. Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG**. Acórdão do Tribunal de Justiça. Grande Secção. 19 de janeiro de 2010. [Em linha]. [Consult. 1.º Mai. 2019]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0555&from=PT>.

UNITED FOR HUMAN RIGHTS - **A brief history from human rights**. [Em linha]. [Consult. 9 Abr. 2017]. Disponível em: <http://www.humanrights.com/what-are-human-rights/brief-history>.

_____ - Global Compact; ILO. International Labour Organization. **Guia para empresas sobre o direito das pessoas com deficiência**. [Em linha]. [Consult. 10 Set. 2019]. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_610270.pdf.

_____ - **Sustainable Development**. [Em linha]. [Consult. 11 Mai. 2019]. Disponível em

https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/15771Portugal2017_PT_REV_FINAL_28_06_2017.pdf ou <https://www.cicdr.pt/-/legislacao>.

Utah State Legislature. **Código de Utah**. [Em linha]. Título 26. Capítulo 45. Lei de privacidade de testes genéticos. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em https://le.utah.gov/xcode/Title26/Chapter45/26-45.html?v=C26-45_1800010118000101.

VASAK, Karel - **Pour les droit de l'homme de la troisième génération: les droit de solidarité**. Leçon Inaugurale no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, Estrasburgo, 1979. Edição sem ISBN.

Vermont General Assembly. **Os estatutos de Vermont on line**. [Em linha]. Título 18. Capítulo 217: teste genético. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <https://legislature.vermont.gov/statutes/chapter/18/217>.

VENEZUELA. Gobierno Bolivariano de Venezuela. **Congreso de 1811 aprobó primera Constitución de Venezuela**. [Em linha]. [Consult 30 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.leyresorte.gob.ve/2016/12/congreso-de-1811-aprobo-primera-constitucion-de-venezuela/>.

VIANA, Roberto Camilo Leles - **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2754-5.

VILLELA, Fábio Goulart - **O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho**. A Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-1066-5.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim - Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 - a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.º 831, jan/2005. ISSN 0034-9275.

WANDELLI, Leonardo Vieira - **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-85-361-2369-1.

Washington State Legislature. **RCWS**. [Em linha]. Título 49. Capítulo 49.44. Seção 49.44.180. Rastreo genético. [Consult. 15 Out. 2019]. Disponível em <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=49.44.180>.

WEY, Marta - Terapia gênica. **Revista da Faculdade de Ciências Médicas de Sorocaba**. [Em linha]. São Paulo, v. 4, n.º 1-2, p. III-IV, 2002. ISSN on-line: 1984-4840. Consult. 17 Out. 2019. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/RFCMS/issue/archive?issuesPage=4#issues>.

Wisconsi State Legislature. **Estatutos**. [Em linha]. Capítulo 111. Relações com o emprego. Subcapítulo II. Emprego Justo. [Consult. 14 Abr. 2018]. Disponível em <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/111/II/31>.

XAVIER, Bernardo - O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord). **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Edições Almedina S/A., 2005. Depósito legal: 221418/05.

ZAGALO-CARDOSO, José A. e Rolim, Luísa - Aspectos Psicossociais da Medicina Preditiva: Revisão da Literatura sobre Testes de Riscos Genéticos. **Psicologia, Saúde & Doenças**. [Em linha]. Jul/2005, v. 6, número 1, p.3-34. Coimbra: Faculdade de Psicologia e de Ciência da Educação - Universidade de Coimbra. ISSN 1645-0086. [Consult. 16 Out.

2019]. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-00862005000100001&lng=pt&nrm=iso.

ZANG, Sarah - **The Loopholes in the Law Prohibiting Genetic Discrimination**. [Em linha]. SCRIBD. The Atlantic. [Consult. 12 Out. 2019]. Disponível em <https://pt.scribd.com/article/341821395/The-Loopholes-In-The-Law-Prohibiting-Genetic-Discrimination-1/>.

ANEXO I
LEGISLAÇÃO

ALEMANHA

Constituição Federal

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. Artigo 2 [Direitos de liberdade] (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

Lei de Diagnóstico Genético – GenDG, de 31/07/2009

§ 2º. (1) A presente lei aplica-se a testes genéticos e análises genéticas manipuladas geneticamente em humanos nascidos, embriões e fetos durante a gravidez e o manuseio de amostras genéticas e dados genéticos obtidos em testes genéticos para fins médicos, com o objetivo de esclarecer descendentes, bem como no setor de seguros e no trabalho.

(2) A presente lei não se aplica a exames e análises genéticos e ao manuseio de amostras e dados genéticos, nem para fins de pesquisa, nem devido a regulamentos: a) em processos penais, em assistência jurídica internacional em matéria penal, no Departamento Federal de Polícia Criminal e no Direito Policial dos Länder; b) da Lei de Proteção contra Infecção e as leis emitidas com base na Lei de Proteção contra Infecção.

[...]

§ 19. § 19 Exames e análises genéticas antes e depois da relação de trabalho - O empregador não pode, nem antes nem após o estabelecimento de relação de emprego: 1. exigir a realização de exames ou análises genéticas ou exigir a comunicação dos resultados de exames ou análises genéticas já feitas, nem aceitar ou usar tais resultados.

[...]

§ 21. (1) O empregador não deve discriminar trabalhadores em um acordo ou medida, em particular na criação de emprego, promoção, instrução ou término de emprego por causa de suas ou das características genéticas de uma pessoa geneticamente relacionada. Isso também se aplica se os funcionários se recusarem a realizar exames ou análises genéticas ou revelar os resultados de exames ou análises genéticas já realizadas.

ARGENTINA

Código Civil

Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos.

Artículo 51. Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Artículo 52. Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

[...]

Artículo 1770. Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Lei n° 712, de 29/22/2001

Artículo 9°. Será una práctica de empleo ilegal de parte del empleador – a. Dejar de o negarse a contratar, o despedir a cualquier persona, o de alguna forma discriminar con respecto a la indemnización, términos, condiciones o privilegios de empleo en razón de información genética referida a dicha persona o miembro de su familia; b. Limitar, segregarse, o clasificar a los empleados en forma tal que privara o tendiera a privar de oportunidades de empleo, o de alguna forma afectar adversamente su condición como empleado, debido a información genética con respecto a él/ella, o miembro de su familia; c. Solicitar, requerir, recopilar o comprar información genética con respecto a una persona o miembro de su familia”.

[...]

Artículo 12º: Exceptúanse del artículo anterior los siguientes supuestos: a. Al empleado que es el sujeto de la información y a su pedido; b. Bajo la obligación legal de una orden judicial, el empleador proporcionará al empleado de la adecuada notificación para impugnar la orden judicial a menos que ésta también imponga requisitos de confidencialidad; y c. A funcionarios de la autoridad de aplicación que estén investigando el cumplimiento de esta ley si la información es relevante para la investigación”.

BRASIL

Constituição Federal - CRFB

Artigo 5º:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...]. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito; [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] LIV - ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal; [...] LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvos nos casos de transgressão militar ou crime militar propriamente militar, definidos em lei; [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressas nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Artigo 7º

[...]

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...] X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; [...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; [...] XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; [...] XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

Artigo 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Artigo 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; [...] V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

[...]

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. [...] § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Artigo 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Código Civil

CAPÍTULO II - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

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

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT

Artigo 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

[...].

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

do Trabalho: I - na admissão; II - na demissão; III - periodicamente. § 1º O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: a) por ocasião da demissão; b) complementares. § 2º Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. § 3º O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. § 4º O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade. § 5º O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. § 6º Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames. § 7º Para os fins do disposto no § 6º, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias.

Artigo 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Artigo 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título; [...].

Artigo 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Código de Processo Civil

Artigo 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11/07/1984)

Artigo 9º-A (com a redação dada pela Lei n.º 12.654/2012). Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Lei da Ação Civil Pública (Lei 3.747, de 24/07/1985)

Artigo 4.º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei n.º 10.257, de 10/7/2001).

Artigo 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Artigo 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, em decisão sujeita a agravo.

Lei nº 9.029, de 13/04/1995

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

Lei n.º 4.141, de 26/8/2003, do Estado do Rio de Janeiro

Artigo 8.º. É expressamente proibido aos empregadores praticar:

I – Impedir ou negar-se a contratar, ou despedir, a qualquer pessoa, ou de alguma forma discriminar com relação a indenizações, termos, condições ou privilégios de emprego em razão da informação sobre o Patrimônio Genético de referida pessoa ou de membros de sua família;

II – Limitar, segregar, ou classificar aos empregados de forma a privar, ou tentar privar, de oportunidades de emprego ou promoções, ou de alguma forma afetar adversamente sua condição como empregado, devido as informações sobre o Patrimônio Genético relacionado a sua pessoa ou a algum membro de sua família;

III – Solicitar, requerer, recopilar ou comprar informações sobre o Patrimônio Genético de qualquer pessoa, específica ou não, ou de qualquer membro da família de determinada pessoa.

[...]

Artigo 10. É obrigatória a confidencialidade sobre o manejo de informações relativas ao Patrimônio Genético que se apresentem nos prontuários médicos, ou outros históricos relativos ao paciente, dos empregados. A violação desta confidencialidade torna o empregador responsável por danos e prejuízos na forma da Lei. Parágrafo único - Excetua-se às determinações descritas no *caput* os seguintes casos: I - O empregado que autoriza o acesso ao seu Patrimônio Genético e, ao seu pedido expresso por escrito, autoriza a

inconfidencialidade dos dados relativos ao seu histórico médico. II - Através de ordem judicial, onde o empregador proporcionará ao empregado as informações necessárias para impugnar tal ação, exceto caso esta também imponha requisitos de confidencialidade.

Lei nº 13.709/2018

Artigo 11. Conforme o artigo 11 da Lei n.º 13.709/2018, nas hipóteses ali relacionadas, destaca-se o inciso II, que estabelece que haverá de ocorrer consentimento prévio da pessoa, dispensado, excepcionalmente, para certas situações: “a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

ESPAÑA

Constituição de 1978

TÍTULO I - De los derechos y deberes fundamentales.

Artículo 10. Derechos de la persona 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

[...]

Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Estatuto dos Trabalhadores

“Artículo 4. Derechos laborales. [...] 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...]e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Lei nº 11, de 26/11/2007

Artículo 22. Consentimiento informado para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica;

Artículo 23. Consentimiento para la realización de análisis genéticos con fines de investigación biomédica sobre muestras obtenidas con otra finalidad;

Artículo 24. Revocación del consentimiento;

Artículo 25. Derecho a la información previa.

FRANÇA

Código Civil

Article 9 . Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.

[...]

Article 16-10. L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement exprès de la personne

doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révoqué sans forme et à tout moment.

PERÚ

Código Civil

Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales.

Artículo 5°. El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el Artículo 6°.

[...]

Derecho a la intimidad personal y familiar.

Artículo 14°. La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Derecho a la imagen y voz.

Artículo 15°. La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

Confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones. Artículo 16°. La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.”

PORTUGAL

Constituição da República Portuguesa – CRP

Artigo 8.º Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.

[...]

Artigo . 13º: 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

[...]

Artigo 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

[...]

Artigo 24º. 1. O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território

de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.

[...]

Artigo 25.º 1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no 1 do artigo anterior. [...] 7 - É inválido o acto de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a acto discriminatório. [...] 8 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 7.

Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. 4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

[...]

Artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Artigo 35.º (Utilização da informática)

1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e

garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.

[...]

Artigo 68.º

As mulheres têm direito a especial protecção durante a gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias.

Artigo 69. 1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vistas ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

[...]

Artigo 109.º A participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

Código Civil

SECÇÃO II - Direitos de personalidade.

Artigo 70º (Tutela geral da personalidade). 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as

providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

[...]

Artigo 75º (Cartas-missivas confidenciais) 1. O destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve guardar reserva sobre o seu conteúdo, não lhe sendo lícito aproveitar os elementos de informação que ela tenha levado ao seu conhecimento. 2. Morto o destinatário, pode a restituição da carta confidencial ser ordenada pelo tribunal, a requerimento do autor dela ou, se este já tiver falecido, das pessoas indicadas no nº 2 do artigo 71º; pode também ser ordenada a destruição da carta, o seu depósito em mão de pessoa idónea ou qualquer outra medida apropriada.

Artigo 76º (Publicação de cartas confidenciais) 1. As cartas-missivas confidenciais só podem ser publicadas com o consentimento do seu autor ou com o suprimento judicial desse consentimento; mas não há lugar ao suprimento quando se trate de utilizar as cartas como documento literário, histórico ou biográfico. 2. Depois da morte do autor, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada.

Artigo 77º (Memórias familiares e outros escritos confidenciais). O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, às memórias familiares e pessoais e a outros escritos que tenham carácter confidencial ou se refiram à intimidade da vida privada.

Artigo 78º (Cartas-missivas não confidenciais). O destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariem a expectativa do autor.

Artigo 79º (Direito à imagem). 1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada. 2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

Artigo 80º (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada). 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Código de Trabalho

SUBSECÇÃO II - Direitos de personalidade.

Artigo 14.º Liberdade de expressão e de opinião.

É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.

Artigo 15.º Integridade física e moral.

O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respetiva integridade física e moral.

Artigo 16.º Reserva da intimidade da vida privada.

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as onvicções políticas e religiosas.

Artigo 17.º Proteção de dados pessoais.

1 - O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas: a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação; b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação. 2 - As informações previstas na alínea *b* do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade. 3 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respetivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua retificação e atualização. 4 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à proteção de dados pessoais. 5 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 2.

[...]

Artigo 19.º Testes e exames médicos.

1 - Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação. 2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez. 3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade. 4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos nos 1 ou 2.

Artigo 20º - Meios de vigilância à distância.

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. 2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem. 3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo. 4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no no 1 e constitui contraordenação leve a violação do disposto no n. 3.

Artigo 21º - Utilização de meios de vigilância a distância.

1 - A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados. 2 - A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir. 3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho. 4 - O pedido de autorização a que se refere o no 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não

estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer. 5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n. 3.

[...]

Artigo 23º. Conceitos em matéria de igualdade e não discriminação - 1 - Para efeitos do presente Código, considera-se: a) Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável; b) Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários.

Artigo 24º. 1. O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos..

Artigo 25. 1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão nomeadamente dos factores referidos no 1 do artigo anterior. [...] 7 - É inválido o acto de retaliação que prejudique o trabalhador em consequência de rejeição ou submissão a acto discriminatório. [...] 8 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos nºs 1 ou 7.

[...]

Artigo 281.º: 1 - O trabalhador tem direito a prestar trabalho em condições de segurança e saúde. 2 - O empregador deve assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspetos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção. 3 - Na aplicação das medidas de prevenção, o empregador deve mobilizar os meios necessários, nomeadamente nos domínios da prevenção técnica, da formação, informação e consulta dos trabalhadores e de serviços adequados, internos ou externos à empresa. 4 - Os empregadores que desenvolvam simultaneamente

atividades no mesmo local de trabalho devem cooperar na proteção da segurança e da saúde dos respectivos trabalhadores, tendo em conta a natureza das atividades de cada um. 5 - A lei regula os modos de organização e funcionamento dos serviços de segurança e saúde no trabalho, que o empregador deve assegurar. 6 - São proibidos ou condicionados os trabalhos que sejam considerados, por regulamentação em legislação especial, suscetíveis de implicar riscos para o património genético do trabalhador ou dos seus descendentes. 7 - Os trabalhadores devem cumprir as prescrições de segurança e saúde no trabalho estabelecidas na lei ou em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, ou determinadas pelo empregador.

Lei de proteção de dados pessoais (Lei nº 67/1998)

Artigo 7.º - Tratamento de dados sensíveis. 1 - É proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos. 2 - Mediante disposição legal ou autorização da CNPD, pode ser permitido o tratamento dos dados referidos no número anterior quando por motivos de interesse público importante este tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para este tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º 3 - O tratamento dos dados referidos no n.º 1 é ainda permitido quando se verificar uma das seguintes condições:

- a) Ser necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento;
- b) Ser efectuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas actividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares;
- c) Dizer respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos;
- d) Ser necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade.

4 - O tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, é permitido quando for necessário para efeitos

de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, seja notificado à CNPD, nos termos do artigo 27.º, e sejam garantidas medidas adequadas de segurança da informação.

LEI n° 12, de 26/01/2005

Art. 8º - Terapia gênica. 1. A intervenção médica que tenha como objecto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, verificadas as condições estabelecidas nesta lei, por razões preventivas ou terapêuticas. 2 - É proibida qualquer intervenção médica que tenha por objectivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa.

[...]

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

SUÍÇA

Lei Federal de Análise da Genética Humana, de 8/10/2004.

Artigo 5. 1. A análise genética ou pré-natal, incluindo a triagem, só pode ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da pessoa em questão. As exceções previstas nas leis federais são reservadas; 2. Quando a pessoa em questão é incapaz de discernimento, o consentimento é dado por seu representante legal. No campo médico, o consentimento é dado de acordo com as condições estabelecidas no art. 10, al. 2; 3. O consentimento pode ser revogado a qualquer momento.

[...]

Artigo 22. Durante o compromisso ou durante o relacionamento de trabalho, o médico do trabalho ou o médico mandatado pode prescrever uma análise genética pré-sintomática quando as seguintes condições forem atendidas: a. a posição está sujeita às disposições de prevenção da saúde ocupacional em virtude de uma decisão da CNA ou de outras disposições federais que prescrevem uma análise médica para avaliar a adequação da pessoa interessada à prática. A atividade em causa devido aos riscos suscetíveis de causar uma doença profissional, um dano grave ao ambiente ou o risco de um acidente grave ou de ferimentos graves à saúde de terceiros; b. medidas no local de trabalho na aceção do art. 82 da Lei Federal de 20 de março de 1981 sobre seguro contra acidentes ou outras disposições legais, não são suficientes para eliminar esses riscos; c. é estabelecido, de acordo com o estado do conhecimento científico, que existe uma relação de causa e efeito entre uma predisposição genética específica e uma doença ocupacional, um risco de dano ao meio ambiente ou um risco de acidente ou dano à saúde dos outros; d. a Comissão de Peritos para Análise Genética Humana confirmou a relação de causa e efeito de acordo com a carta anterior e reconheceu a confiabilidade do método de análise para detectar predisposição; e. o titular dos dados consentiu por escrito.

Artigo 23. 1. A análise só pode estar relacionada à predisposição genética relacionada ao posto em questão. É proibido procurar outros dados genéticos. 2. A análise deve ser precedida e seguida pelo aconselhamento genético previsto no art. 14. 3. A amostra deve ser destruída após a análise.

ANEXO II
JURISPRUDÊNCIA

BRASIL

Supremo Tribunal Federal - STF

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º; CF, 1988, ART. 5º, *caput*.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para 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: (CF., 1967, art. 153, § 1º; CF, 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. Precedentes do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

(In BRASIL - Diário da Justiça da União de 19 de dezembro de 1997. STF - Recurso Extraordinário n.º 161.243-6/DF. 2.ª Turma. Relator Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. STF-Serviço de Jurisprudência. Ementário n.º 1896-04).

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

[...]

O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à

incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...].

(In BRASIL – Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça da União de 27 de outubro de 2006. Recurso Extraordinário n.º 201.819-8-RJ. 2.ª Turma. Relatora originária Min. Ellen Gracie e Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Ementário n.º 2253-4. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. STF - Coord. de Análise de Jurisprudência Ementário n.º 2253-4.)

Superior Tribunal de Justiça – STJ

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV NÃO SOLICITADO, POR MEIO DO QUAL O PACIENTE OBTIVE A INFORMAÇÃO DE SER SOROPOSITIVO - VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE - NÃO OCORRÊNCIA - INFORMAÇÃO CORRETA E SIGILOSA SOBRE SEU ESTADO DE SAÚDE - FATO QUE PROPORCIONA AO PACIENTE A PROTEÇÃO A UM DIREITO MAIOR, SOB O ENFOQUE INDIVIDUAL E PÚBLICO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico; II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável; III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja

qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior; IV - Não se afigura permitido, tampouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário; V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade; VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais; VII - Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame anti HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data maxima venia, não se afigura escorreito; VII - Recurso Especial improvido.

(In BRASIL - Superior Tribunal de Justiça. LEXML. RESP 1195995 SP - 3.^a Turma - Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 06/04/2011. [Em linha]. [Consult. 29 Out. 2019]. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2011-03-22;1195995-1095109>).

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 306/2003.

No particular, assim se pronunciou o Tribunal Constitucional, dando origem as alíneas *a* e *b* do n.º 1 e ao atual n.º 2 do artigo 17.º do CTP: “Entende, porém, este Tribunal Constitucional (entendimento não partilhado pelo relator) que, nesta perspetiva, a solução legal não é merecedora de censura de inconstitucionalidade, porquanto, para além da protecção da segurança ou da saúde do trabalhador ou de terceiros, podem existir outras exigências ligadas a especificidades da actividade («particulares exigências») que justifiquem que sejam pedidas informações sobre a sua saúde ou estado de gravidez, ao trabalhador ou ao candidato ao emprego: é o caso da determinação da aptidão - ou da melhor aptidão - destes para a realização das tarefas que lhes serão cometidas (as quais, mesmo independentemente da segurança do trabalhador ou de terceiros, podem exigir, por exemplo, particular acuidade visual, ou de outro sentido). Ora, é justamente este o sentido do segmento normativo impugnado.

Considera-se, no entanto, que a norma em apreço, numa outra dimensão, viola o princípio da proporcionalidade. Com efeito, para a finalidade tida em vista seria suficiente, como no caso do artigo 19.º, n.º 1, a intervenção do médico, com a imposição de este apenas comunicar ao empregador a aptidão ou inaptidão do trabalhador para o desempenho da atividade em causa. O empregador não tem necessidade de conhecer diretamente dados relativos à esfera íntima do candidato a emprego ou do trabalhador, bastando-lhe obter a informação da eventual existência de inconvenientes à contratação ou à atribuição de determinadas atividades. Ora, a vinculação do médico ao segredo profissional reduz ao mínimo a indevida e desnecessária divulgação de dados cobertos pela reserva da intimidade da vida privada. De resto, o juízo de adaptação ou inadaptação entre as condições de saúde e estado de gravidez e a natureza da atividade pressuporá, por vezes, conhecimentos científicos que, em princípio, só o médico possuirá.

Conclui-se, assim, que a norma constante do segundo segmento do n.º 2 do artigo 17.º do Código do Trabalho - na medida em que permite o acesso directo do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador - viola o princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2, da CRP.

(In PORTUGAL - DRE – Diário da República Eletrônico n.º 164/2003 Série I-A de 2003- 07- 18, p. 4142-4187. **Acórdão 306/2003**. [Em linha]. [Consult. 12 Ago. 2018]. Disponível em <http://data.dre.pt/eli/ac/306/2003/07/18/p/dre/pt/html>).