



**Uma análise dos desdobramentos éticos e práticos
no uso de exames de D.N.A. na seleção de
candidatos a empregos no Brasil**

Investigación acreditada: UMSA.2011-2012.
Código I-7. Doctorado en Cs. Jurídicas y Sociales

Investigadores UMSA: BERTUCCI, Sidney. DE CARVALHO
TAVARES, Deodoro José. FERNANDES, André Tadeu Jorge.
GOMES DA SILVA, Carlos. PARMIGIANI, Claudemir Luiz
Investigadores da apoio: Clarens, Yanina; de Andrade Esquivel,
Raquel; Saglio Zamudio, Adolfo.

Director: Joao Baptiste OPITZ JUNIOR

ISBN978-987-9451-04-5

Hecho el Depósito Ley 21.173 © UMSA–Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina.

SUMARIO: 1. Introdução. 2. Delimitação do estudo. 2.1. Da relevância jurídica. 2.1.1. Dos direitos e garantias fundamentais. 2.2. Da fase de contratação. 2.2.1. Da admissão. 2.2.2. Discriminação no trabalho. 2.2.3. Responsabilidade do empregador. 2.3. Do exame demissional. 2.3.1. Do direito à informação e o consentimento livre e esclarecido. 2.3.2. Os deveres decorrentes da boa fé objetiva. 2.3.3. Discriminação genética. 3. Da jurisprudência. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Bioética visa explicar os conflitos e controvérsias morais implicados pelas práticas no âmbito das Ciências da Vida e da Saúde do ponto de vista de algum sistema de valores. Desta forma, a bioética é diferente da mera ética teórica, porquanto mais preocupada com a forma dos conceitos e dos argumentos éticos, já que embora não possa abrir mão das questões propriamente formais está instada a resolver os conflitos éticos concretos.

Todos os conflitos surgem das interações humanas em sociedades a princípio seculares, isto é, que devem encontrar as soluções a seus conflitos de interesses e de valores sem poder recorrer, consensualmente, a princípios de autoridade transcendentais, mas tão somente “imanescentes” pela negociação entre agentes morais que devem, por princípio, ser considerados cognitiva e eticamente competentes.

Estudiosos assim definem este instituto: *“Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais - incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas - das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar”*.⁽¹⁾

“A bioética, da maneira como ela se apresenta hoje, não é nem um saber (mesmo que inclua aspectos cognitivos), nem uma forma particular de expertise (mesmo que inclua experiência e intervenção), nem uma deontologia (mesmo incluindo aspectos normativos). Trata-se de uma prática racional muito específica que põe em movimento, ao mesmo tempo, um saber, uma experiência e uma competência

¹ Reich WT. Encyclopedia of Bioethics. 2nd ed. New York; MacMillan, 1995: XXI

normativa, em um contexto particular do agir que é definido pelo prefixo 'bio'. Poderíamos caracteriza-la melhor dizendo que é uma instância de juízo, mas precisando que se trata de um juízo prático, que atua em circunstâncias concretas e ao qual se atribui uma finalidade prática a través de várias formas de institucionalização. Assim, a bioética constitui uma prática de segunda ordem, que opera sobre práticas de primeira ordem, em contato direto com as determinações concretas da ação no âmbito das bases biológicas da existência humana.”².

“A palavra ‘bioética’ designa um conjunto de pesquisas, de discursos e práticas, via de regra pluridisciplinares, que têm por objeto esclarecer e resolver questões éticas suscitadas pelos avanços e a aplicação das tecnociências biomédicas. (...) A rigor, a bioética não é nem uma disciplina, nem uma ciência, nem uma nova ética, pois sua prática e seu discurso se situam na interseção entre várias tecnociências (em particular, a medicina e a biologia, com suas múltiplas especializações); ciências humanas (sociologia, psicologia, politologia, psicanálise...) e disciplinas que não são propriamente ciências: a ética, para começar; o direito e, de maneira geral, a filosofia e a teologia. (...) A complexidade da bioética é, de fato, tríplice. Em primeiro lugar, está na encruzilhada entre um grande número de disciplinas. Em segundo lugar, o espaço de encontro, mais o menos conflitivo, de ideologias, morais, religiões, filosofias. Por fim, ela é um lugar de importantes embates (enjeux) para uma multidão de grupos de interesses e de poderes constitutivos da sociedade civil: associação de pacientes; corpo médico; defensores dos animais; associações paramédicas; grupos ecologistas; agro-business; indústrias

² Ladrière, J. 2000. Del sentido de la bioética. Acta Bioethica VI(2): 199-218, p. 201-202

farmacêuticas e de tecnologias médicas; bioindústria em geral”

³.

Cumprir dizer, que o termo "Bioética" Foi criado pelo pastor evangélico alemão Fritz Jahr (1895-1953) em 1927 numa publicação intitulada Bio-Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze. “*A bioética é o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais*”⁴

Mais adiante, na década de 1970 o termo é associado à discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico, de uma forma mais tecnicista para um caminho mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética.

Neste compasso, percebe-se que a biossegurança, a biotecnologia e a intervenção genética em seres humanos, além das velhas controvérsias morais como aborto e eutanásia, requisitavam novas abordagens e respostas ousadas da parte de uma ciência transdisciplinar e dinâmica por definição.

Em 1971 o termo é assim mencionado no livro "Bioética: Ponte para o Futuro", do biólogo e oncologista americano Van R. Potter. Pouco tempo depois, uma abordagem mais incisiva da disciplina foi feita pelo obstetra holandês Hellegers.

Mais recente, em outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal sobre Bioética e

³ Hottois, G 2001. Bioéthique. G. Hottois & J-N. Missa. Nouvelle encyclopédie de bioéthique. Bruxelles: De Boeck, p. 124-126

⁴ Kottow, M., H., 1995. Introducción a la Bioética. Chile: Editorial Universitaria, 1995: p. 53

Direitos Humanos, que consolida os princípios fundamentais da bioética e visa definir e promover um quadro ético normativo comum que possa a ser utilizado para a formulação e implementação de legislações nacionais.

Como já dito, a proposta original da palavra Bioética, feita em 1970, pelo Prof. Van Rensselaer Potter, tinha uma grande preocupação com a interação do problema ambiental às questões de saúde. Suas idéias baseavam-se nas propostas do Prof. Aldo Leopold, especialmente na sua *Ética da Terra*. Atualmente, esta primeira proposta é classificada por ele próprio como Bioética

Ponte, especialmente pela característica interdisciplinar que foi utilizada como base de suas idéias. Esta primeira reflexão incluía um grande questionamento sobre a repercussão da visão de progresso existente na década de 1960. O termo Bioética, ainda durante a década de 1970, devido à crescente repercussão dos avanços na área da saúde, foi sendo utilizado em um sentido mais estrito. Estas propostas foram feitas, especialmente, pelo Prof. Warren Reich e pelo Prof. LeRoy Walters, ambos vinculados ao Instituto Kennedy de Ética, da Universidade Georgetown/Washington DC, e Prof. David Roy, do Canadá. Estes autores restringiram esta reflexão apenas às questões de assistência e pesquisa em saúde. Outros autores, como o Prof. Guy Durant, do Canadá, também assumiram esta posição ao longo da década de 1980, mantendo a base interdisciplinar da proposta original. Esta visão restritiva foi incorporada pela base de dados Bioethicsline, que consolida a produção de conhecimento na área de Bioética. O Prof. Warren Reich reiterou, em 1995 sua perspectiva para o termo, incorporando à sua proposta de Bioética as perspectivas interdisciplinar, pluralista e sistemática.

Em 1988, o Prof. Potter reiterou as suas idéias iniciais criando a Bioética Global. O Prof. Potter entendia o termo global como sendo uma proposta abrangente, que englobasse todos os aspectos relativos ao viver, isto é, envolvia a saúde e a questão ecológica. O Prof. Tristran Engelhardt defendeu a proposta de que a Bioética é uma proposta pluralista. Esta proposta também teve diferentes interpretações. Alguns autores, como os Profs. Alastair V. Campbel e Solly Benatar entenderam o termo global não no sentido de abrangente, desde o ponto de vista interdisciplinar, mas como uma visão uniforme e homogênea em termos mundiais, enquadrando-a no processo de globalização. Ou seja, que seria estabelecido um único paradigma filosófico para o enfoque das questões morais na área da saúde, caracterizando uma nova forma de "imperialismo".

Com o objetivo de resgatar a sua reflexão original, o o Prof. Potter propôs, em 1998, a nova definição de Bioética Profunda, em 1998. Esta denominação foi utilizada pela primeira vez pelo Prof. Peter J. Whitehouse, aplicando à Bioética o conceito de Ecologia Profunda, do filósofo norueguês Arne Naess. Esta proposta abrangente e humanizadora da Bioética já vinha sendo defendida por outros autores, tal como o Prof. André Comte-Sponville. Em 2001 o Programa Regional de Bioética, vinculado a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) definiu bioética igualmente de forma ampla, incluindo a vida, a saúde e o ambiente como área de reflexão.

O tema nuclear deste trabalho preocupa-se como a bioética pode estar presente nas relações de trabalho, sobretudo, no contrato de trabalho, desde a contratação do empregado à sua demissão. No ordenamento jurídico brasileiro a segurança, a higiene e medicina do trabalho, foram alçadas a matéria de direito constitucional, sendo direito social indisponível dos trabalhadores, ou melhor, direito público subjetivo dos

trabalhadores, exercerem suas funções em ambiente de trabalho seguro e sadio, cabendo ao empregador tomar as medidas necessárias no sentido de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII do art. 7º).

O direito à saúde, ao trabalho, à segurança e à previdência social está previsto no art. 6º da Constituição da República. Os arts. 196 a 200 da Carta Constitucional dispõem que a Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantir e promover a efetividade desse direito, mediante políticas, ações e serviços públicos de saúde, organizados em um sistema único, que podem ser complementados por outros serviços de assistência à saúde, prestado por instituições privadas. Tais ações e serviços são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 225 da Magna Carta assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

A interpretação sistemática do disposto nos arts. 6º, 7º, XXII, 196 a 200 e art. 225, §1º, V da Constituição da República não deixa dúvidas de que a saúde do trabalhador e o meio ambiente do trabalho foram também alçados a direito social de natureza constitucional e cujo cumprimento é imposto por lei ao empregador, conforme se verifica das prescrições dos arts. 154 a 201 da CLT.

Portanto, o direito fundamental e social à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, previsto no inciso XXII do art. 7º da

Magna Carta, já está devidamente integrado e regulamentado nas normas supracitadas, e, assim, em plena condição de aplicabilidade imediata.

A violação das normas de medicina e segurança no trabalho tem conseqüências jurídicas na área trabalhista, civil e penal. Na área trabalhista, pode o trabalhador postular a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro no art. 483 da CLT. Na área civil, o empregador pode ser responsabilizado pela potencialização do risco de acidente de trabalho em relação a todos os trabalhadores sujeitos aos agentes nocivos (dano moral coletivo). Em caso de ocorrência de acidente de trabalho, além da responsabilidade civil pelos danos morais e patrimoniais sofridos pelo trabalhador vitimado, o empregador ou quem tiver dado causa, por ação ou omissão, ao acidente pode ser responsabilizado criminalmente pelo ilícito penal que restar configurado do fato, tais como lesão corporal, homicídio culposo ou crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, sendo que este se configura pela simples exposição ao perigo direto e iminente.

Neste contexto, existe o Exame Admissional, que é um exame médico simples e obrigatório solicitado pelas empresas antes de firmar a contratação de um funcionário com carteira assinada (CLT). O exame médico admissional está previsto no artigo 168 da CLT.

É preciso delimitar este exame admissional tendo como norte os princípios da bioética, sem desvirtuá-lo, já que ele é necessário para comprovar o bom estado de saúde físico e mental do novo funcionário para exercer a função a que será destinado. Imprescindível para evitar transtornos com funcionários que tenham problemas de saúde seja adquirido em empresas anteriores ou pré-existentes. É realizado por um

médico com especialização em medicina do trabalho, pois é ele quem identifica doenças ocupacionais.

O Exame Admissional é simples e inicia com uma entrevista sobre doenças ou licenças de empregos anteriores. O médico questiona se o trabalhador sofre alguma doença ou mal estar, mede pressão arterial, batimentos cardíacos e etc. Apesar de necessário nem sempre todos esses procedimentos são realizados, pois, dependendo da lotação na clínica o médico somente faz a entrevista e emite o Atestado Médico de Capacidade Funcional.

O médico deve explorar a vida pregressa do trabalhador, dando ênfase aos empregos anteriores, bem como possíveis agentes nocivos a que este trabalhador esteve exposto. O médico faz algumas perguntas e examina o paciente (pressão arterial, etc.). Após a realização, é emitido um Atestado Médico de Capacidade Funcional.

Como versado, a vida pregressa deve ser investigada do trabalhador, já a vida futura pode ser pela implementação da bioética, com vistas a prevenir situações ruins para as partes dentro de uma relação de trabalho. O exame médico admissional está previsto no artigo 168 da CLT, o qual diz: *“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”*.

A prática é uma garantia para o empregador e para o empregado porque, se ao longo do tempo de trabalho o empregado adquirir alguma doença em decorrência de suas funções, ele poderá ser indenizado por isso. Para o empregador, o exame adimensional é necessário para saber se o candidato ao

emprego está apto para exercer as funções que dele serão exigidas, dando maior garantia de que o trabalho será realizado.

A bioética estaria prevendo situações futuras, tanto no caso de evitar o mal, como melhor aproveitar os indivíduos de acordo com suas aptidões.

2. Delimitação do estudo

2.1. Da relevância jurídica

2.1.1. Dos direitos e garantias fundamentais

O legislador constituinte consagrou tais direitos no Título II da Carta Política (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), estabelecendo no art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade. Em seguida, no inciso X do mesmo artigo, contemplou especificamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, instituindo, do mesmo modo, a inviolabilidade desses direitos.

Explicando o tema em comento, o Prof. Adalberto Romazewski, argutamente, assevera:

“Os direitos fundamentais, protegidos em nossa Constituição Federal, são, em princípio, os mesmos direitos da personalidade. A distinção reside no âmbito das relações em que são inseridos. Se falarmos de relações de Direito Público, com vistas à proteção da pessoa em face do Estado, denominamos esses direitos essenciais de direitos fundamentais. Se tratarmos de relações de Direito Privado, com a finalidade de proteção da pessoa em face de outros indivíduos, chamamos esses direitos essenciais de direitos da personalidade. Assim, a tutela constitucional oferecida principalmente no art. 5º da Lei Maior compreende os direitos fundamentais e os direitos da

personalidade, alcançando as relações de direito público e direito privado.”⁵(sem grifos no original).

Bem de se notar, ainda, que em decorrência da intenção do legislador maior, os direitos da personalidade não poderão ser alterados pelo legislador constituinte ordinário, na medida que se encontram inseridos no rol do art. 60 § 4º da Carta Política (cláusulas pétreas). Outra consequência reside na impossibilidade de serem suspensos durante os estados de exceção (art. 136, § 1º, I, “b” e “c” e art. 139 III da CF).

Aplica-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que impõe, em seu art. 6º, o reconhecimento da personalidade dos indivíduos em todos os lugares. Defende ainda, que a paz no mundo é consequência do respeito à liberdade e à justiça, baseados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e nos direitos iguais e inalienáveis entre homens e mulheres junto com a promoção do progresso social e melhores condições de vida. A ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem acreditando em seu ideal comum a ser atingido por todos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades.

Também pode ser visto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mundialmente já se protegia os direitos fundamentais do trabalhador desde 1948. Em seu artigo no 23 se faz claro a importância da equidade nas condições de contrato.

É, com isso, uma forma de demonstrar ao mundo a importância da não discriminação, seja ela qual for. Acompanha, ainda, esse mesmo pensamento a Declaração da Organização Internacional do Trabalho - OIT, publicada em 1998 onde os países membros já se comprometeriam em eliminar toda forma de discriminação relacionada ao emprego.

Convenção de Oviedo. Esta convenção, realizada em Portugal em abril de 1997, já vislumbrava a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, sem discriminação. Estabeleceu, ainda, que qualquer intervenção no aspecto da saúde, a pessoa envolvida deve realizar o seu consentimento livre e totalmente esclarecido, não ficando dúvida alguma sobre as vantagens e desvantagens (consequências e riscos) de tal tratamento ou objetivo de tal procedimento.

Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos (6) Humanos. Em 2003 foi aprovada pela UNESCO a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos com o principal objetivo de proteger os dados genéticos do indivíduo garantindo o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de recolhimento, tratamento, utilização e conservação desses dados. Essa declaração reafirma que os dados genéticos humanos não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros ou estabelecimentos de ensino, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso. Temos ainda, no Brasil, desde 1998, transitando em nosso Congresso, o Projeto de Lei no. 4610/98. Este Projeto de Lei visa

regulamentar uma provável discriminação genética no Brasil, definindo os crimes resultantes desta discriminação e trazendo para nossa legislação uma série de controles quanto ao uso dos testes e informações genéticas. Dentre as normas contidas neste Projeto de Lei, temos: 1) Divulgar informação genética de uma pessoa, a menos que haja prévia autorização da mesma, por escrito; 2) Recusar, negar ou impedir a matrícula, o ingresso ou a permanência de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau, bem como a outras formas de treinamento, atualização profissional ou programa de educação continuada, com base em informação genética da pessoa; 3) Recusar, negar ou impedir inscrição em concurso público ou em quaisquer outras formas de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética do postulante, bem como, com base em informações dessa natureza, obstar, impedir o acesso ou a permanência em trabalho, emprego, cargo ou função, na Administração Pública ou na iniciativa privada.

ANEXO 1

PROJETO DE LEI Nº 4610, DE 1998

(Do Senado Federal - Pls 149/97) - Define os crimes resultantes de discriminação genética .

CAPÍTULO I - DA DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Art. 1º Para os efeitos dessa lei, entende-se por discriminação genética a discriminação de pessoas em razão de seu patrimônio genético.

Art. 2º A realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam identificar a pessoa como 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.

CAPÍTULO II - DOS CRIMES E DAS PENAS

Pena : detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 4º Negar, limitar ou descontinuar cobertura por plano de saúde com base em informação genética do contratante ou de beneficiário, bem como estabelecer mensalidades diferenciadas, com base em tal informação.

Pena : detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 5º Recusar, negar ou impedir a matrícula, o ingresso ou a permanência de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau, bem como a outras formas de treinamento, atualização profissional ou programa de educação continuada, com base em informação genética da pessoa.

Pena : detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos, a pena é agravada de um terço.

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

Pena : detenção, de um mês a um ano, e multa.

Art. 7º Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, casamento ou convivência familiar e social de pessoas, com base em informação genética das mesmas.

Pena : detenção, de um a seis meses, e multa.

Art. 8º Divulgar informação genética de uma pessoa, a menos que haja prévia autorização sua, por escrito.

Pena : detenção, de um a seis meses, e multa.

CAPÍTULO III - DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista, para a instituição.

Parágrafo único. Os efeitos de que trata o caput desse artigo são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 10º Incidem nas penas cominadas aos crimes definidos nesta Lei:

I - quem, de qualquer modo, concorrer para sua prática;

II - o diretor, o controlador, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo ou devendo saber da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática quando podia agir para evitá-la.

Art. 11º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 15 de junho de 1998

Senador Antônio Carlos Magalhães

A Comissão de Seguridade aprova punição para discriminação genética. 16/07/2007 - 18:21 | Fonte: Agência Câmara

A Comissão de Seguridade Social e Família aprovou na última quinta-feira (12) o substitutivo do deputado Dr. Talmir (PV-SP) ao Projeto de Lei 4610/98, originário do Senado, que disciplina o uso de informações genéticas humanas e impõe penas para a discriminação baseada no código genético da pessoa.

De acordo com o relator, o substitutivo tem duas linhas principais. Primeiro, classifica a informação genética do indivíduo como confidencial e inviolável, especificando somente quatro situações em que ela pode ser revelada:

- no diagnóstico e tratamento de doença genética;
- no desenvolvimento de pesquisa científica, desde que não seja identificada a pessoa doadora do material genético;
- em exame de paternidade e em investigação criminal.

Nos dois primeiros casos, exige-se a autorização da pessoa. Nos dois últimos, a autorização tem que ser da Justiça, se não houver anuência da pessoa investigada. Se o objetivo é obter material genético de pessoa que corre risco de morte e não está consciente, a autorização terá que ser dada pelo parente mais próximo, segundo o texto aprovado na comissão.

O segundo ponto relevante, é a definição das penas para quem discrimina uma pessoa com base na sua identidade genética. Ele manteve a mesma tipificação dos crimes

estabelecida pelo projeto original, alterando apenas as punições: a proposta do Senado prevê detenção de um mês a um ano, multa e obrigação de reparar danos morais e materiais, dependendo do crime; o substitutivo determina, para todos os casos, detenção de três meses a um ano, multa e obrigação de reparar danos morais e materiais.

As penas valem para as seguintes hipóteses de manifestação de preconceito:

- negar, limitar ou descontinuar a cobertura de seguro de qualquer espécie (como de saúde e de vida) com base em informação genética do contratante ou do beneficiário;
- recusar a matrícula, o ingresso ou a permanência de aluno em escola ou curso de aperfeiçoamento;

- negar a inscrição em concurso público e outras formas de seleção de pessoal; e- impedir o casamento ou a convivência familiar e social. A mesma pena será aplicada a quem divulgar informação genética de uma pessoa sem autorização prévia por escrito. Além disso, a discriminação no serviço público sujeita o responsável à perda do cargo e à proibição de realizar contratos com entidades estatais e de receber recursos públicos.

Registro. Para evitar que a informação genética caia em domínio público, o relator orientou a forma de registro. Os prontuários médicos de papel com dados genéticos, por exemplo, terão que ser guardados em arquivos fechados. Os eletrônicos deverão ser registrados em local diferente do prontuário comum. Além disso, a informação genética só deverá ser franqueada a um médico.

Outro aspecto importante do texto aprovado é que o código genético não pode ser utilizado nos processos de adoção de crianças.

Apensados. O relator disse que o substitutivo reúne os aspectos mais relevantes do PL 4610/98 e de outros seis projetos que tramitam apensados a ele (PLs 1934/99, 4900/99, 3377/00, 4661/01, 4662/01 e 7373/06).

Ele destacou que o avanço da engenharia genética, ao mesmo tempo em que beneficia a humanidade com o desenvolvimento do tratamento de doenças, pode ser usado para restringir os direitos individuais. "São muitos os exemplos, principalmente os relacionados a discriminações praticadas por companhias de seguro, de planos de saúde, como também as possibilidades danosas de interferência em processos de seleção no mundo do trabalho", disse Dr. Talmir.

Tramitação. Antes da votação pelo Plenário, o PL 4610/98 e os apensados serão analisados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Janary Junior

Ainda no Brasil, está em vigor desde 1995, a Lei 9.029/98 que disciplina práticas discriminatórias ocorridas antes e durante a relação de emprego. Essa lei foi originalmente direcionada para a proteção da mulher quanto a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou para permanência no trabalho, porém, pode servir de referência para os demais tipos de discriminação.

Enfim, este artigo objetiva discutir a possibilidade jurídica de admissão destes testes genéticos no Brasil nas relações de emprego e se haveria algum tipo de agressão a princípios e valores fundamentais consignados no sistema jurídico pátrio. Objetiva, também, examinar os aspectos éticos e jurídicos desse procedimento e como eles influenciam a saúde física e mental da pessoa, discutindo, claro, os direitos personalíssimos do ser humano, tais como a intimidade,

privacidade e a informação, ante esse novo tipo de discriminação.

Com efeito, com aplicação subsidiária ao tema em questão, mesmo que em alguns casos, temos a LEI N. 9.434, DE FEVEREIRO DE 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

A LEI N. 10.211, de 23 de março de 2001, que altera dispositivos da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamentos.

2.2. Da fase de contratação

2.2.1. Da admissão

Na fase contratação, em que deveria se levar consideração o princípio da autonomia da vontade, o trabalhador fica numa posição de extrema vulnerabilidade, posto que tende a aceitar com bastante facilidade o que fora estipulado unilateralmente pelo empregador. E assim é, porque o trabalhador em geral dispõe tão somente de sua força produtiva, necessitando obter urgentemente qualquer ocupação que garanta o sustento próprio e dos seus dependentes.

Em decorrência disso, torna-se se mais provável a ocorrência de dano ao direito à intimidade do empregado, que se submete às exigências do empregador em virtude de existir a seu redor o que filósofo Carl Marx chamava de “mercado de reserva” ou “*mais valia*”.

Nesse diapasão, configuram as hipóteses de afronta à intimidade da pessoa, a desarrazoada exigência de: exames médicos pré-admissionais, inclusive de HIV; testes de gravidez;

exame de DNA e exames antidoping. Nestes casos, para que não haja eventual ilegalidade, é necessário que o empregador se valha sempre de critérios de imprescindibilidade e ponderação ao contratar seus empregados.

Não raras vezes, observa-se que o *direito à honra, imagem, intimidade, e liberdade do trabalhador* terminam sendo violados, em decorrência do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Dessa forma, para que não haja qualquer ofensa aos mencionados direitos fundamentais que assistem o empregado, torna-se imprescindível a cautela por parte do empregador, de maneira que possa garantir, de um lado, o exercício do seu direito de propriedade, e de outro lado, resguardar a dignidade dos seus empregados.

No pertinente ao conteúdo deste trabalho científico, tal reflexão adquire maior importância, a partir do momento em que o empregador, jungido ao direito de propriedade, ameaça ou lesiona – intencionalmente ou não – direitos da personalidade do empregado, no bojo da relação de trabalho.

Segundo Dra. Zamudio, *“deveríamos analisar a questão sob o viés de um paradigma inverso, ou seja, não se trataria do direito dos empregadores de saber a informação genética de seus empregados no momento da contratação, mas sim, o direito dos trabalhadores de conhecer os riscos da atividade que desenvolvem para suas características genéticas pessoais”*

Relevante atenuar que a Constituição Federal do Brasil, traz as previsões legais. Vejamos:

2.2.2. Discriminação no trabalho

O artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Neste inciso constitucional vigora o princípio da igualdade, que deve ser observado, quer nas relações do trabalho, ou nos períodos pré-contratuais.

- Discriminação pelo sexo

A CLT em seus artigos 5º e 461 trouxe a proibição da discriminação por motivo de sexo:

Art 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

- Trabalho da mulher

No que diz respeito ao trabalho da mulher, a Lei nº 9.029/95 previu como crime as seguintes práticas discriminatórias:

- Discriminação de raça ou cor

A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XLI e XLII, dispõem:

"XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da Lei."

O artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal assegura aos trabalhadores em geral a proibição de ato discriminatório por motivo de cor.

- Discriminação pelo estado civil

O artigo 7º, inciso III da Constituição Federal/88 determina que a discriminação pelo estado civil é violação ao preceito constitucional, sendo a mulher uma das maiores vítimas desse preconceito, uma vez que ela, quando casada, tem maiores possibilidades para a maternidade.

Não só por este motivo, mas alguns empregadores quando o matrimônio ocorre durante a vigência do contrato, consideram motivo impeditivo para a manutenção da relação de emprego.

- Trabalhador com deficiência física

O artigo 7º, inciso XXXI da Constituição Federal trouxe a proibição de qualquer ato discriminatório no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

2.2.3. Responsabilidade do empregador

Como os atos discriminatórios podem causar prejuízos morais, a fim de responsabilizar civilmente o empregador, a pessoa poderá ingressar com ação perante a Justiça Comum objetivando a reparação do dano.

2.3. Do exame demissional.

O exame demissional deve ser feito sempre imediatamente ao sair de uma empresa, ou seja, até a data de sua rescisão. A fase pós contratual objetiva registrar as condições de

saúde do trabalhador ao deixar a empresa. Nesta fase, segundo a lei 9029/95, a empresa fica proibida, por exemplo, de criar lista negra com nome de ex-funcionário que entrou com reclamação trabalhista contra empregador.

A lei que mais protege a discriminação nas relações de trabalho é a Lei 9029 de 1995. Essa lei foi criada objetivando a proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

O artigo 2º desta lei relata a proibição de exigências discriminatórias, como por exemplo: anúncios de emprego com exigências desproporcionais; utilização de cadastros restritivos de crédito como requisitos para avaliação do candidato, ou ainda a pesquisa para saber se o candidato já entrou com reclamação trabalhista contra algum ex-empregador:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.
Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das Administrações Públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.3.1. Do direito à informação e o consentimento livre e esclarecido

O direito à informação é considerado e defendido pela Constituição Federal do Brasil como direito fundamental. Tal direito consiste no direito de informar e ser informado. Para Dirley da Cunha Júnior, o direito de ser informado equivale à faculdade de ser mantido completa e adequadamente informado. A partir do momento que o titular do gene fornece material para análise, ele é detentor, por exemplo, do direito de saber qual a finalidade do mesmo.

Já o consentimento livre e esclarecido, este defende que para participação de uma pessoa em experimentos, deve ser livre em seu direito de escolha e

Questiona-se o limiar ético e jurídico da utilização da informação médica do trabalhador? Se é lícito a utilização destas informações nos processos de seleção de pessoal?

sem qualquer intervenção de força, fraude, coação ou outra forma de restrição à vontade do participante. Para Maria Helena Diniz, *“o consentimento dado pelo paciente, após receber a informação médica feita em termos compreensíveis, ou seja, de maneira adequada e eficiente, é uma condição indispensável da relação médico-paciente, por ser uma decisão que leva em consideração os objetivos, os valores, as preferências e necessidades do paciente e por ele tomada depois da avaliação dos riscos e benefícios.”*

Vale lembrar que a ausência de consentimento livre e esclarecido é considerado um delito de negligência profissional do médico se ocasionada dolosamente (Código Penal, artigo 146, parágrafo 3º, inciso I), e a informação deficiente por ele dada ao paciente o tornará responsável pelo resultado danoso oriundo de sua intervenção.

Importante se faz ressaltar que o ato discriminatório pode ocorrer nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Em qualquer desses momentos se tratará de crime discriminatório com o funcionário ou ex-funcionário, cabendo, assim, indenização por dano moral bem como por assédio moral.

2.3.2. Os deveres decorrentes da boa fé objetiva

Em nosso ordenamento jurídico é recomendado que a boa fé seja sempre presumida e a má fé seja necessária ser provada. O princípio da boa fé está no Código Civil de 2002 em seu artigo 422, o qual preceitua: *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”*

Essa presunção orienta ao contratante o dever de honestidade, lealdade, correção, transparência, honestidade, clareza, informação em negócios contratuais. O princípio da boa

fé se divide em subjetiva e objetiva. Como ensina Carlos Roberto Gonçalves, *“o princípio da boa fé se biparte em boa fé subjetiva, também chamada de concepção psicológica, e boa fé objetiva, também denominada concepção ética da boa fé. Na boa fé subjetiva, para sua aplicação, é necessário considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, ou seja, se ela realmente tem conhecimento do que está transacionando.”*

Posto essa compreensão mais ampla sobre a boa fé objetiva, vimos que contratos de trabalho devem reger-se ante este princípio. Assim, para se realizar os testes genéticos, o trabalhador necessita dar o seu consentimento claro e deve ter a informação expressa e por escrito do que será analisado com base em sua amostra sanguínea, enfim, todo o processo deve ser transparente para o indivíduo.

2.3.3. Discriminação genética

A discriminação genética está na exclusão de pessoas com probabilidade genética de adquirir doenças graves, tanto nas relações de emprego quanto na matrícula em escolas, na contratação de seguro saúde, nos esportes, dentre outros.

Segundo Lima Neto (2008, p.62) discriminação genética é *“uma conduta discriminatória por parte do Estado ou grupos empresariais selecionando, pelo conjunto de genes que o sujeito possui, e que tem probabilidade de causar doenças e determinar comportamentos que não são de interesse daqueles grupos ou entes estatais”*.

Os exames genéticos são capazes de rastrear mutações genéticas que aumentam os riscos de desenvolver determinadas doenças. As informações geradas pelos respectivos testes de DNA podem ser usadas para decisões, no campo profissional, a respeito de uma contratação ou de uma promoção.

Esse tipo de discriminação já era prevista desde o início do Projeto Genoma Humano no final da década de 80. Graig Venter, dono da empresa Celera Genomics, uma das principais empresas empenhadas na decifração do código genético humano, já afirmava em 1988 que a discriminação genética iria acontecer e que deveria haver uma legislação específica para estes casos (Neto, 2008, p.36). Tanto é que nos Estados Unidos foi criado em abril/2008 lei contra discriminação genética que proíbe, principalmente, que as seguradoras de saúde neguem cobertura ou aumentem os preços de planos de pessoas saudáveis com base em predisposição genética ao desenvolvimento de uma doença, como câncer, diabetes ou problemas cardíacos.

Também impede que as seguradoras obriguem clientes a fazerem testes genéticos. Proíbe ainda que empresas e agências de emprego usem informações genéticas em decisões de contratação, demissão ou promoção. Isso fez com que os Estados Unidos (21) se tornassem um dos pioneiros na punição desse novo tipo de discriminação. (22) Pesquisas realizadas pela American Management Association mostram que 30% mostram das novas contratações pedem informações genéticas sobre seus empregados e 7% admitem usar essas informações para tomar decisões referentes à contratação ou a promoção desses empregados (23).

3. Da jurisprudência

Processo: 0541953-2

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 541.953-2, DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA, 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

AGRAVANTE: ESTADO DO PARANÁ

AGRAVADO: ROVERLEI CORDEIRO DE PAULA

RELATORA CONVOCADA: VANIA MARIA DA SILVA KRAMER

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO PELA BANCA EXAMINADORA DE AFRO-DESCENDÊNCIA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA CONSISTENTE EM MAPEAMENTO GENÉTICO. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O OBJETIVO DA BANCA É AFERIÇÃO DA APARÊNCIA DO CANDIDATO E NÃO A GENEALOGIA. INEFICÁCIA DA PRODUÇÃO DA PERÍCIA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O objetivo das vagas especiais, submetidas à banca examinadora é a inclusão social dos afro-descendentes, sendo legítima a constituição da comissão, nos termos da Lei Estadual 14.274/2003 e do Edital, pois o exame visa constatar a aparência do candidato. Além disso, estudos médicos demonstram que o exame de mapeamento genético não é eficaz para o fim proposto, qual seja, a identificação da afro-descendência.

2. A exigência de exames para admissão em cargo ou emprego público, nos termos do art. 37, inciso II da Constituição Federal somente é possível com suporte em lei.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado do Paraná, contra decisão proferida pelo Juiz da Quarta Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas de Curitiba, nos autos da Ação Ordinária n. 50899/2008, que determinou perícia médica para realização de mapeamento genético visando aferir a descendência negra do autor, candidato no Concurso Público da Polícia Civil e que pretende permanecer no certame após não ter sido considerado afro-descendente pela banca examinadora de Afro-descendência do concurso, nos termos da Lei estadual n. 14.274/2003. (GRIFO NOSSO)

Aduz o Agravante, fls. 03/24, em suma, que a realização do mapeamento genético é desnecessária em face do objetivo perseguido pelas chamadas políticas públicas de ação afirmativa que visam proteger aquele que aparenta ser de cor negra ou parda e por conta disso sofre discriminações. Sustenta que os critérios de verificação da negritude são os mesmos utilizados para a exclusão social uma vez que se baseia na aparência da cor da pele, da etnia, se negra ou não, da genealogia e suas características físicas, com a verificação visual do candidato e realização de entrevista com profissionais, inclusive o representante da entidade defensora dos direitos dos negros. Afirma que o referido exame é inviável e não se presta para determinar geneticamente a raça ou a cor da pele de uma pessoa segundo estudos que colacionou. Pede a concessão do efeito suspensivo ao recurso e, ao final, a reforma da decisão atacada.

Apreciando o pleito inicial o ilustre Desembargador Relator concedeu o efeito suspensivo (f. 205/207, TJ), seguiu-se informação sobre o cumprimento do artigo 526 do CPC e

manutenção da decisão agravada pelo digno Juiz prolator (f. 216, TJ), contra-razões pelo Agravado (f. 218/220, TJ) e parecer do eminente Procurador de Justiça, pronunciando-se pela desnecessidade de realização de perícia médica (f. 229/240).

É relatório.

2. Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão proferida em ação ordinária que deferiu a produção de prova pericial, consistente no mapeamento genético para verificação de descendência africana do Agravado que é candidato a uma vaga ofertada no Concurso Público Para Provimento De Cargos Da Policia Civil do Estado.

Cumpra analisar inicialmente que houve uma primeira decisão que deferiu prova pericial médica e indeferiu provas orais (f. 154 dos autos originários), que foi objeto de agravo retido por parte do ora Agravado. Esse despacho não especificou o método a ser utilizado para realização da perícia médica, razão pela qual o Agravante interpôs pedido de reconsideração alegando impossibilidade de verificação médica da afro-descendência, tendo então o digno juiz do processo exarado o despacho dizendo que segundo diligências que realizou descobriu a possibilidade de obter tal aferição através do exame de mapeamento genético (f. 167 dos autos originários), daí derivando o presente recurso eis que o Agravante alega que tal exame além de não ser necessário para os fins previstos na Lei Estadual 14.274/2003, não é meio hábil para averiguar a descendência negra ou qualquer outro caráter racial. O presente agravo, assim, somente foi interposto após a prolação da segunda decisão e decurso do prazo de recurso da primeira, ocorrendo preclusão temporal. A questão restringe-se, assim, ao

exame de mapeamento genético, pois que nos demais termos o despacho quedou-se irrecorrido pelo Agravante.

Analisando as razões do inconformismo tenho que assiste razão ao Agravante quando sustenta que os critérios para verificação da negritude para a inclusão social são os mesmos critérios utilizados para a exclusão social dos negros ou pardos, e concluo pela desnecessidade da produção da referida prova do mapeamento genético em face dos termos da lei que prevê: (...) considerar-se-á afro-descendente aquele que assim se declarar expressamente no ato da inscrição, identificando-se como de cor preta ou parda, da etnia negra..."A aferição da condição de afro-descendente através de entrevista por uma banca denota que se busca a verificação da aparência física, uma vez que não é o pertencimento á raça em sentido biológico que está em questão.

Frise-se, como analisou o douto Procurador de Justiça, o modo de verificação da condição de afro-descendente instituído no âmbito do Estado do Paraná não somente encontra respaldo legal (Lei 14.274/2003) como também dá efetividade às chamadas políticas de ação afirmativa e suas bases teóricas, sendo legítima a constituição da comissão, nos termos do edital, para o reconhecimento de tal circunstância.

Reza o art. 37 inc. II da Constituição II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Destaque-se a expressão "na forma prevista em lei" contida neste dispositivo. A lei para a norma em apreço corresponde ao ato normativo primário emanado do poder legislativo. Assim, a título meramente ilustrativo cite-se a

Súmula 686do Supremo Tribunal Federal:"Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público".

A súmula transcrita está fundamentada no art. 37 inc. II da Constituição Federal, na medida em que enuncia a necessidade de lei para impor-se ao candidato exame , sendo, por conseguinte, insuficiente a mera previsão editalícia sem respaldo legal. No caso dos autos, o juízo de origem está a exigir avaliação sem suporte em lei, o que confronta norma constitucional.

As bases e critérios de julgamentos devem ser uniformes para todos os candidatos. Impor-se ao agravado tal exame, violaria o princípio da isonomia, tendo em vista que os demais candidatos não foram submetidos a exame de mapeamento genético. (GRIFEI)

O art. 37 inc. II da Constituição impõe à forma de ingresso na estrutura da Administração Pública mediante concurso público, diretriz que prestigia os princípios estampados no "caput" do art. 37, em especial, impedindo favorecimentos e perseguições reprováveis, sob o enfoque do interesse público.

Ainda que assim não fosse, sobre a eficácia do exame do mapeamento genético, confira-se:

A genética de populações tem lugar de destaque na história da genética no Brasil desde os anos 1960, por meio de trabalhos como os do geneticista Francisco Salzano, que coordena, atualmente, uma rede de pesquisa voltada para o estudo dos ancestrais dos brasileiros com ênfase na variabilidade genética dos povos ameríndios. Essa pesquisa integra os 34 projetos de pesquisa selecionados entre as propostas que disputaram o edital do Programa Institutos do Milênio, no final

de 2005, e que receberão financiamento do CNPq pelos próximos três anos. Criado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, o Programa Institutos do Milênio visa patrocinar áreas de pesquisa consideradas estratégicas para o país. Sérgio Danilo J. Pena e sua equipe de geneticistas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) também integram esse projeto. Pena e seus colaboradores têm sido os responsáveis pelas pesquisas sobre variabilidade genética da população brasileira que mais têm ganho repercussão dentro e fora do meio acadêmico.

Retrato molecular do Brasil foi divulgada em 2000 e gerou muita polêmica. A proposta da pesquisa foi mapear a presença de ancestrais ameríndios, europeus e africanos na população branca do Brasil. Foram colhidas amostras de DNA de cerca de 250 homens auto-declarados brancos nas regiões Norte, Nordeste, Sudeste e Sul do país. Essas amostras foram estudadas a partir de dois marcadores: o cromossomo Y - para se estabelecer as linhagens paternas - e o DNA mitocondrial - para as linhagens maternas. A pesquisa revelou que a esmagadora maioria das linhagens paternas da população branca do país veio da Europa. A "surpresa" ficou por conta das linhagens maternas, que mostraram uma distribuição uniforme quanto à sua origem geográfica: 33% de linhagens ameríndias, 28% de africanas e 39% de européias. Entre os brasileiros brancos haveria, assim, uma frequência maior de marcadores de origem africana e ameríndia do que européia.

Em 2003, um outro mapeamento genético (*Color and genomic ancestry in Brazilians*) realizado pela equipe de geneticistas da UFMG ganhou repercussão: o mapeamento buscava verificar se existe uma correlação entre "raça" e ancestralidade no Brasil, ou seja, se haveria uma correspondência entre aparência física e origem geográfica. A

partir de uma amostra de 173 indivíduos da população de Queixadinha, do Vale do Jequitinhonha, em Minas Gerais, a pesquisa consistiu em várias etapas. No momento da coleta de DNA, cada um dos pacientes foi analisado por um biólogo e um clínico para que fossem classificados a partir das suas características físicas (pigmentação da pele, cor e textura do cabelo, forma do nariz, dos lábios e cor dos olhos). A partir, portanto, do seu fenótipo, os indivíduos foram classificados da seguinte forma: 30 pessoas como " pretas "(17,3%), 29 pessoas como " brancas "(16,8%) e 114 pessoas como " pardas "(65,9%). Depois disso, com as amostras de sangue coletadas de cada um dos indivíduos foi feita uma análise a partir de 10 marcadores moleculares informativos de ancestralidade (MIAs). A principal conclusão foi a de que não há correspondência entre as características fenotípicas e as características genômicas, ou seja, a cor, no Brasil, não seria um indicador de uma ancestralidade africana. Uma série de outros estudos utilizando marcadores moleculares validaram esses resultados obtidos em Queixadinha, estendendo as conclusões para todas as regiões do Brasil. "Nossos estudos demonstram claramente que, no Brasil, a cor, avaliada fenotipicamente, tem uma correlação muito fraca com o grau de ancestralidade africana. No nível individual, qualquer tentativa de previsão torna-se impossível, ou seja, pela inspeção da aparência física de um brasileiro, não podemos chegar a nenhuma conclusão confiável sobre seu grau de ancestralidade africana. Obviamente, esta constatação tem grande relevância social e política, além de enorme importância médica", reconhece Sérgio Danilo Pena. Disponível on-line em <http://paterlex.com.br/Jornais-revistas/2006/Desestabiliza.pdf>, acesso em 19.2.2009.

Dessa forma, havendo dúvidas quanto a eficácia e/ou suficiência do exame determinado para o fim em questão, em

face das colocações dos especialistas em genética citados pelo Agravante, conclui-se pela impertinência da produção da prova pericial médica, consistente no mapeamento genético do Agravado.

Posto isso, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso, para o fim de determinar que o Agravado não seja submetido ao exame em questão, nos termos contidos no voto e fundamentação.

3. ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora convocada.

O julgamento foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador ABRAHAM LINCOLN CALIXTO, com voto, e dele participou Excelentíssima Desembargadora LÉLIA SAMARDÁ GIACOMETI, acompanhando o voto da Relatora.

Intimem-se.

Curitiba, 31 de março de 2009.

Juíza VANIA MARIA DA SILVA KRAMER -
Substituta em 2º. Grau

2ª. TURMA

RECURSO ORDINÁRIO Nº 0050800-
91.2005.5.05.0034RecOrd

RECORRENTES: Edimar Costa Souza e Caixa
Econômica Federal - Cef

RECORRIDOS: Os mesmos

RELATORA: Desembargadora DÉBORA MACHADO

DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Porque a doença ocupacional, na forma em que se encontra disciplinada pela legislação previdenciária vigente, equipara-se ao acidente de trabalho, enseja o pagamento de indenização por parte do empregador na ocorrência de culpa ou dolo deste, devidamente comprovados, já que a responsabilidade que a ampara é, em regra, subjetiva, a teor do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Assim, tendo em vista que a Demandante se desincumbiu do seu ônus de provar, satisfatoriamente, o nexo de causalidade entre as atividades exercidas e a patologia que é portadora, bem como que, ante as condições de trabalho que lhe eram oferecidas pelo seu empregador, não eram observadas normas mínimas de segurança no ambiente de trabalho, o que contribuiu para a doença ocupacional adquirida, é devida a indenização postulada, imputando-se ao Reclamado, agente causador do dano, a responsabilidade subjetiva daí advinda

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 186 E 927 DO CC. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA NAS PROVAS DOS AUTOS. NÃO PROVIMENTO.

1. Não resulta caracterizada a ofensa aos artigos 186 e 927 do CC, quando a decisão que reconhece a configuração do dano moral decorre da análise das provas produzidas nos autos.

2. No presente caso, concluiu o egrégio Tribunal Regional pela configuração do dano moral, por constatar, mediante a análise dos depoimentos das testemunhas e dos

prepostos das reclamadas, que a inserção do nome do autor na lista denominada PIS-MEL traduziu-se em conduta discriminatória, a qual causou constrangimento de ordem moral ao candidato à vaga, em clara violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de seus empregados. Isso porque a lista em comento continha dados desabonadores daqueles que dela constavam, com o objetivo de dificultar o acesso ao emprego.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Processo: AIRR - 21241-38.2004.5.09.0091 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010.

Decisões que asseguram a garantia Constitucional. Vejamos:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo

ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF – MI n. 58-DF – Pleno – m. v. – 14.12.90 – rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello) DJU, de 19.4.91, p. 4.580.

Concurso Público. Critério de Admissão. Sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo – artigo 5º, inciso I, e parágrafo 2º do artigo 39 da Carta Federal. A exceção corre a conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. O concurso publico para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Policia Militar, no Quadro de Saúde – primeiro-tenente, médico e dentista – enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo. (STF – RE n. 120.305-RJ – 2ª T – 8.9.94 – rel. Min. Marco Aurélio) DJU, de 9.6.95, p. 17.236.

Concurso Público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, ao final desautorizada pelo Judiciário, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço publico, não pode a administração travestir o significado curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em cláusula, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites. (STF – RE n. 112.676-MG – 2ª T. – v. u. – 17.11.87 – rel. Min. Francisco Rezek) DJU, de 18.12.87, p. 977

Igualdade. Princípio. Trabalho da Mulher. Distinção. Vedação.

Mandado de Segurança. Trabalho da Mulher. O princípio da igualdade veda distinção entre homem e mulher. Só se justificam as diferenças resultantes da natureza. Não é o caso de condições do trabalho. Distinguir a esse fundamento resulta prejuízo na disputa do mercado de trabalho, o que afeta a isonomia. (STJ – REsp. n. 70-RJ – 2ª T. – v. u. – 21.8.89 – rel. Min. Vicente Cernicchiaro) DJU, de 25.9.89, p. 14.951.*

Despedida discriminatória. Racismo. Direito à reintegração. Previsão legal. Lei n. 9.029/95. Embargos declaratórios. A prática do racismo, além de se constituir em infração penal grave, inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), gera o direito de o trabalhador discriminado buscar a reparação judicial, optativamente, de percepção em dobro do período de afastamento ou readmissão, com ressarcimento integral, nos exatos termos dos artigos 1º e 4º da Lei n. 9.029/95, que proíbe 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. Ademais, mesmo que se entenda que este preceito legal somente seria aplicável às situações futuras, resta claro que as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, para a garantia dos princípios de impessoalidade, moralidade e legalidade, somente podem demitir seus servidores mediante ato motivado, sendo a prática do racismo demonstração da vulneração, além das regras constitucionais já citadas, dos princípios democráticos aqui explicitados. Estes fundamentos impõem a rejeição dos embargos que visam à indicação do dispositivo legal que sustenta a decisão reintegratória, no caso. (TRT – 12ª – ED n. 1.603/96 – Processo RO-V-1.595/95 – 1ª T – v. u. – 5.11.96 – rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid).*

Racismo. Condomínio. Prática por síndico. Preferência de cor, para fins de emprego, inserida em anúncio de jornal. Enquadramento na conduta prevista no artigo 4º da Lei Federal n. 7.716, de 1989. Interpretação da expressão empresa privada contida no dispositivo legal. Condenação mantida. Recurso não provido. Voto vencido. A expressão empresa privada contida no artigo 4º da Lei Federal n. 7.716, de 1989, deve ser entendida dentro do espírito que norteou a referida lei e não para fins meramente econômicos. (TJ/SP – Apelação Criminal n. 141.820-3 – 3ª Câm. Crim. – 10.2.95 – rel. Des. Franco de Godoi)

Testemunha homossexual. A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam – patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José de Costa Rica. (STF – REsp. n. 154.857 – 6ª T. – m. v. – 26.5.98 – rel. Min. Vicente Cernicchiaro) DJU, de 26.10.98, p. 169.

4. Conclusão

Estudos comprovam que através de exames de D.N.A. pode ser previsto tendências a determinadas doenças ocupacionais e com antecedência de sua manifestação é possível trata-las através de procedimentos no indivíduo (medicamentosos) ou atenuação de sua incidência através de melhorias no ambiente e local de trabalho.

A legislação Brasileira bem como a jurisprudência predominante tem se manifestado a favor do uso de tais recursos biométricos para utilização em exames pré admissionais cuja função a ser exercida pelo candidato é passível da necessidade de pre requisitos biológicos específicos, tais como mergulhadores, trabalhadores em altura e desnível de pressão atmosférica, sem comprometer seu direito ao sigilo.

Com exames consensuais pre admissionais de D.N.A. a empresa pode saber com antecedência, pre disposições orgânicas favoráveis ou deficiências de candidatos a empregos específicos, aprovando-os ou não, evitando assim futuros dissabores no desempenho de seu trabalho com eventuais consequências negativas inclusive para terceiros, como no caso de pilotos de aeronaves que tenha pre disposição a vertigens e descompensação por altura.

Conhecendo também as limitações do organismo as empresas podem também anteciparem uma melhor adequação ao local de trabalho para corrigir eventuais deficiências orgânicas dos trabalhadores, melhorando seus desempenhos.

5. Referências bibliográficas

- BARROS, Alice Monteiro. Proteção à Intimidade do Empregado. São Paulo: LTr, 1997.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005
- CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. São Paulo: Rideel, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CUNHA Jr, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodium, 2008.
- COUTO FILHO, Antonio Ferreira; Souza, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: LTR, 2009.
- FILHO, Rodolfo Pamplona. O Assédio Sexual na Relação de Emprego. São Paulo: LTr, 2001.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Contratos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, v. III. 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

- LIMA NETO, Francisco Vieira. **O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Salvador: JusPodium, 2009.
- PITMAN, Mildred Lima. **Leis Trabalhistas Especiais**. Salvador: JusPodium, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RIZZATTO, Luis Antonio; CALDEIRA, Mirela. *O Dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Mônica Neves Aguir da. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIMON, Sandra Lia. *A Proteção da intimidade e da Vida Privada do Empregado*. São Paulo: LTr, 2000.
- Internet:
- NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. SP: Atlas, 2009
- OMENN, GS 1982. *Predictive identification of hypersusceptible individuals*. *Journal Occupational Medicine*. Disponível em
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2009.

ROMAZEWSKI, Adalberto. Nova Tratativa acerca dos Direitos da
Personalidade , in
<http://www.pucpr.br/educacao/academico/paginaspessoais/professores/adauto>

WWW.tst.jus.br