



Discriminação genética é uma ameaça a integridade moral do trabalhador

28/07/2010

O código genético do ser humano é formado por um conjunto de genes oriundos de uma grande molécula chamada de DNA (ácido desoxirribonucleico). Os genes se localizam dentro de cada um dos 23 pares de cromossomos que compõem o genoma humano. Esse código genético está presente no núcleo de cada uma das 100 trilhões de células existentes no corpo humano. É através do código genético que são transmitidos os modelos hereditários que vão de geração em geração e contém o projeto de funcionamento e delimitação do nosso corpo.

Com a possibilidade da decifração total do código genético humano, a manipulação genética poderá tornar-se uma ferramenta discriminatória em vários setores sociais, principalmente nas relações de trabalho. Essa discriminação dá-se pelo fato de, sabendo o código genético do ser humano, será possível prever as possíveis doenças que o empregado pode vir a ter e com isso se permitir a escolha do funcionário geneticamente melhor para uma contratação ou uma promoção.

Por discriminação entende-se uma agressão aos direitos da pessoa humana, tanto na sua dignidade, liberdade e sua personalidade. Para Maurício Godinho Delgado, discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de um critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. O princípio da não-discriminação seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.

As relações trabalhistas começam, aos poucos, a serem organizadas utilizando-se dessas técnicas geradas pela evolução genética ora discutida, como é o caso de países como Estados Unidos da América. O problema surge na medida em que essas técnicas são postas em uso em desfavor do empregado.

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.

A Cláusula Geral de Proteção à Pessoa na Constituição Federal de 1988: Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana é definida no artigo 1º da nossa Constituição Federal como um de seus fundamentos principais. A dignidade da pessoa humana revela o mais primário de todos os direitos na garantia da proteção da própria pessoa como um último recurso, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revela ineficaz, proclamando a pessoa como fim e fundamento do direito.

Direitos e Garantias Fundamentais do Trabalhador

Os direitos e garantias fundamentais do trabalhador já se encontram na Constituição Brasileira de 1988. A Carta Magna, em seu artigo 7º dispõe sobre diversos direitos fundamentais do trabalhador, tais como direito à não despedida arbitrária, décimo terceiro salário, férias, à não discriminação (incisos XXXI e XXXII), dentre outros. Porém, muitos outros direitos podem ser associados ao trabalhador, posto sua posição de cidadão. Estes direitos são encontrados, primordialmente, no artigo 5º, também da nossa Constituição, quais sejam: direito a saúde, liberdade, igualdade, a intimidade e sua integridade física e moral.

Como exemplo, citaremos o inciso X do artigo 5º o qual trata de garantias quanto a intimidade, a honra e a imagem, assegurando o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente desta violação, seja ela do trabalhador ou do não trabalhador. Vale ressaltar, ainda, a figura do assédio moral, no qual, segundo Carvalho, se caracteriza por condutas antiéticas que expõem o trabalhador a situações constrangedoras e humilhantes, de maneira reiterada, com a finalidade de excluí-lo da organização empresarial e do ambiente de trabalho.

Como pode ser visto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mundialmente já se protegia os direitos fundamentais do trabalhador desde 1948. Em seu artigo 23º 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 comprometiam em eliminar toda forma de discriminação relacionada ao emprego.

Vale ressaltar a importância em compreendermos claramente os conceitos de intimidade e vida privada. Roger Stiefelmann Leal, citando Celso Bastos, diz que a privacidade abrange a faculdade do indivíduo de não permitir que situações que lhe dizem respeito tornem-se conhecidas de outras pessoas. A privacidade não envolve o público, a comunidade, mas eventualmente apenas um grupo de pessoas íntimas. São as opções pessoais, os comportamentos, os acontecimentos, as formas de convivência, enfim, que o sujeito não quer revelar ao público, o qual seria um terceiro nessa relação. A intimidade está inserida na esfera da privacidade, sendo mais limitada a assuntos nos quais o indivíduo não revela nem mesmo a pessoas da família, pois não envolve direito de terceiros.

Características e Especificidades do Contrato de Trabalho

Em sentido lato, a expressão “contrato de trabalho” designa um gênero muito amplo e compreende a todo contrato pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra. Em sentido estrito, temos o contrato de trabalho subordinado, que é o regulamentado pela legislação trabalhista.

Não obstante suas características próprias, o contrato de trabalho classifica-se como “contrato” propriamente dito, em função da necessidade do consentimento das partes para sua formalização e realização de seu objetivo. Mesmo que se trate de contrato com cláusulas pré-constituídas (contrato de adesão), onde o empregado somente pode aderir, ou não, sem que lhe seja facultado negociar seu conteúdo, ainda assim subsiste a liberdade de escolha (entre contratar ou não contratar), como elemento fundamental que lhe identifica como contrato.

Existe ainda no contrato de trabalho a forma tácita de ajuste, eis que a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo o trabalho alheio, já terá o mesmo efeito jurídico do pacto expreso, se esse esforço humano estiver cercado das mesmas características do contrato de trabalho (pessoalidade, subordinação, onerosidade e continuidade).

Exames Relacionados ao Contrato de Trabalho e suas Fases

Da contratação à demissão do trabalhador, as empresas são obrigadas a realizarem uma série de exames médicos em seus funcionários, para verificar o estado de saúde que apresentam e diagnosticar se tem algum tipo de doença, profissional ou não, ou qualquer quadro clínico que possa vir a desencadeá-las. Estes exames integram o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e tem o caráter de prevenir e fazer diagnóstico precoce dos prejuízos a saúde relacionados ao trabalho e de constatar a existência de doenças profissionais ou danos irreversíveis a saúde do trabalhador. Em caso em que sejam identificados fatores que possam desencadear doenças, profissionais ou não, os serviços médicos que realizarem os exames deverão determinar as empresas à adoção de medidas cabíveis de controle de riscos no ambiente de trabalho e encaminhar o trabalhador para tratamento.

Existem basicamente cinco tipos de exames relacionados com o trabalho. São eles: exame admissional, exame periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função, exame demissional.

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:

Artigo 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.

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 sem qualquer intervenção de força, fraude, coação ou outra forma de restrição à vontade do participante.

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.

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.

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.

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 (Lima 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 se tornassem um dos pioneiros na punição desse novo tipo de discriminação. 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.

Os testes genéticos ou “Screenings” no Brasil

A realização de teste genético é normalmente feito através do sangue coletado. Tecnicamente não há nenhum problema na realização do exame. O problema maior reside na forma e nos limites de utilização desses resultados pelas empresas, no sentido de efetuar ou não a contratação dos profissionais ou mesmo para suas promoções.

Uma das consequências da identificação de determinadas doenças é que, na relação de emprego, um diretor de empresa pode, de posse da análise genética de seu funcionário, definir

se aquele funcionário deve ou não ser promovido para um cargo de grande importância visto que ele tem uma pré disposição de ser, por exemplo, portador do mal de Alzheimer ou ter tendências a ser uma pessoa agressiva.

Existe, no Brasil, o Projeto de Lei 4610 de 1998 tramitando no Congresso o qual já anuncia diversas preocupações das prováveis consequências da divulgação de resultados de testes genéticos. Seus pontos mais relevantes são: a) Quanto à limitação, negação ou descontinuação das coberturas de seguros de qualquer natureza depois de analisado o perfil genético do segurado; b) Quanto à recusa, negação ou impedimento de matrícula do aluno em estabelecimento de ensino público ou privado, dentre outros, com base em informações genéticas da pessoa; c) Quanto à recusa, negação ou impedimento de inscrição em concursos públicos ou qualquer forma de seleção com base em informações genéticas, ou ainda, com base nessas informações, dificultar ou impedir o acesso ou permanência no emprego, cargo ou função, seja esta na Administração Pública ou entidade privada, d) Preocupa-se, ainda, com o sigilo das informações, penalizando aqueles que divulgam as informações genéticas de uma pessoa, a menos, é claro, que haja autorização prévia e incontestável da mesma.

Responsabilidade Civil por Violação de Dados Genéticos

Como citado anteriormente temos em nossa Carta Magna, proteção a diversos direitos constitucionais, tais como, a intimidade, a informação, a honra e a imagem. A responsabilidade civil surge da violação desses direitos. E, como prolata o nosso Código Civil em seus artigos 186 e 927, a violação de um direito significa prática de ato ilícito, e a prática de ato ilícito enseja direito à indenização.

Para a caracterização da responsabilidade civil, é necessário a comprovação de três requisitos: a conduta do agente, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado. Ao se falar em conduta do agente nos referimos a forma que uma pessoa age ao violar o direito da outra. O dano refere-se às consequências causadas por aquele ato e o nexo de causalidade é a relação que existe entre os outros dois requisitos, ou seja, o dano, seja ele material ou psicológico, tenha sido causado pelas atitudes daquela pessoa. Segundo Couto Filho, “a responsabilidade civil está embasada num verdadeiro tripé, qual seja, na conduta de um agente, na existência de um dano e na relação de causalidade existente entre aquela conduta e o dano.

A discriminação genética, tal como qualquer outra discriminação, afeta a integridade psíquica do indivíduo. Esse fator é grave também nas relações de emprego posto que o emprego é fundamental para a sobrevivência do indivíduo e o bem estar de sua família.

A capacidade profissional da pessoa é, conseqüentemente, a sua aptidão para determinado trabalho não pode, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, estar vinculado ao fato desta ter ou não predisposição genética para tal doença. Isso representa um retrocesso na caminhada dos direitos humanos, além de negar o próprio esforço da ciência de combater doenças no futuro.

Importante se faz ressaltar que essas predisposições genéticas são meramente previsões terapêuticas que o indivíduo pode vir a ter. Não é uma certeza absoluta. Ela dependerá de

diversos fatores como ambientais, familiar, sociais, educativos e culturais de cada um.

Torna-se importante citar que diversos direitos trabalhistas podem ser afetados pela discriminação genética, como por exemplo: direito a integridade pessoal e a saúde, direito a intimidade, direito a autonomia, direito a liberdade e a não saber o resultado, bem como o direito do emprego.

No Brasil existem algumas leis contra a discriminação de forma geral e algumas específicas para outros segmentos, como por exemplo, contra o racismo (lei 1.390/51), contra exigência de testes de gravidez e comprovante de esterilidade (lei 9.029/95), contra a discriminação da mulher nas relações sociais (lei 8.028/90), etc.

Enfim, entendemos que a discriminação genética é uma ameaça a integridade moral e psíquica do trabalhador e que devemos somar esforços para que uma legislação direcionada seja tão logo promulgada para disciplinar a admissão de testes genéticos no Brasil, protegendo, assim, os direitos fundamentais do trabalhador.

Referências

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, p.646

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, v. III. 2009

LEAL, Roger Stiefelmann; PERUZZO, Renata; et al. *A Quebra dos Sigilos Bancário e Fiscal*. Jus Navigandi, Disponível em

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.689

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008

Mendonça. Rita de Cássia Tenório. *Contrato de Trabalho – Noções Preliminares*. Disponível em: . Acesso em 05/02/2010

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: 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.

PITMAN, Mildred Lima. *Leis Trabalhistas Especiais*. Salvador: JusPodium, 2009.

VINIES P, Schulte PA 1995. *Scientific and ethical aspects of genetic screening of workers for cancer risk: the case of N-acetyltransferase phenotype*. *Journal Clinical Epidemiology*. Disponível em <<http://linkinghub.elsevier.com>>, Acesso em 17/01/2010

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2010-jul-28/discriminacao-genetica-ameaca-integridade-moral-trabalhador/>