

O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E OS CONTRATOS DE EMPREGO

THE FREE AND ENLIGHTENED CONSENT AND THE EMPLOYMENT CONTRACTS

Ariel Salete de Moraes Junior¹

Ronaldo Alves Marinho da Silva²

Resumo

Os avanços revelam riscos e benefícios, como talvez seja natural quando se depara com o desenvolvimento tecnológico, e as consequências são refletidas na rotina diária das pessoas, o que, por sua vez, causa a necessária intersecção do direito a fim de regular os fatos da vida. Pode bem ocorrer que os avanços científicos descampem toda uma gama de possibilidades, antes improváveis, que precisam ser analisadas e acomodadas aos princípios adotados pela civilização em proveito de todos, como da dignidade da pessoa humana, pois que atuam em relação à vida, à dignidade e os direitos fundamentais. Nessa problemática avultam expressões como de informação genética, testes genéticos, banco de dados genéticos, pois todas indicam o caminho que é preciso percorrer para ter acesso ao material genético de uma pessoa. Resta ver, assim, se é viável juridicamente o fornecimento das informações genéticas das pessoas, mormente quando se deparam com relações jurídicas como a de emprego, e nesse âmbito, se o material genético (ou perfil genético) pode ser utilizado quando da seleção de pessoas para empregos. Esse trabalho, portanto, tem como foco principal verificar as implicações do conhecimento adquirido com o Projeto Genoma Humano (PGH) nos contratos de emprego, consideradas as informações genéticas obtidas através de testes genéticos e catalogadas em bancos de dados. Investiga, enfim, se é possível o acesso as informações genéticas do candidato ao emprego ou do empregado pelo empregador a partir do estudo do instituto do “consentimento livre e esclarecido”. O consentimento livre e esclarecido originalmente instituto próprio da relação médico-paciente adquire importância substancial quando se trata do acesso as informações genéticas das pessoas, inclusive em outros tipos de relações jurídicas como a de emprego, inclusive na fase pré-contratual. Contudo, é observado basicamente sob a ótica da relação médico-paciente sem que seja construído um estudo sobre sua aplicação e implicações em face dessas outras relações empregado-empregador, candidato-contratante, este notadamente no campo do trabalho.

Palavras-chave: Avanços científicos; Projeto Genoma Humano (PGH); Consentimento livre e esclarecido; Contratos de emprego.

Abstract

Advances reveal risks and benefits, as is perhaps natural when faced with technological development, and the consequences are reflected in the daily routine of the people, which, in turn, cause the necessary intersection of the right to regulate the facts of lifetime. It may well be that scientific advances descampem a whole range of possibilities, rather unlikely, that need to be considered and accommodated the principles adopted by civilization for the benefit of all, as the dignity of the human person, because that act in relation to life, to dignity and fundamental rights. In this issue loom as expressions of genetic information, genetic testing, genetic database, because all indicate the path that we need to go to access the genetic material of a person. It remains to be

1 Mestre em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pelo CESMAC(AL). Professor na Universidade Tiradentes – SE. Juiz do Trabalho, titular da 6ª Vara de Aracaju (SE).

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, Especialista em Direitos Humanos pela UNEB/MP-BA e em Gestão da Segurança Pública pela UFS. Delegado de Polícia Civil do Estado de Sergipe. Professor da Universidade Tiradentes/SE. E-mail: ronaldo.se@oi.com.br.

seen, then, whether it is legally feasible the provision of genetic information of people, especially when they encounter legal relationships such as employment, and in that context, if the genetic material (or genetic profile) can be used when selecting people for jobs. This work therefore focuses mainly study the implications of the knowledge gained from the Human Genome Project (HGP) in employment contracts, considered genetic information obtained through genetic and cataloged in databases tests. Investigates, in short, if you can access the genetic information of the prospective employee or the employee by the employer from the Institute study of "informed consent." The consent and originally enlightened self Institute of doctor-patient relationship acquires considerable importance when it comes to access genetic information of individuals, including other types of legal relationships such as employment, including the pre-contractual stage. However, it is seen primarily from the perspective of the doctor-patient relationship that is built without a study of its application and implications in the face of such other Contracting candidate-employer-employee relations, especially in this field of work.

Keys words: Scientific advances; Human Genome Project (HGP); Informed consent; Contracts of employment.

1. Introdução.

Os avanços científicos trouxeram sérias e importantes implicações, que por isso mesmo não passaram despercebidas. Com a descoberta da estrutura do DNA foi viabilizado o intuito de obter o sequenciamento e mapeamento do material genético humano, que foi conduzido através do Projeto Genoma Humano (PGH).

Esses avanços revelam riscos e benefícios, como talvez seja natural quando se depara com o desenvolvimento tecnológico, e as consequências são refletidas na rotina diária das pessoas, o que, por sua vez, causa a necessária intersecção do direito a fim de regular os fatos da vida.

Pode bem ocorrer que os avanços científicos descampem toda uma gama de possibilidades, antes improváveis, que precisam ser analisadas e acomodadas aos princípios adotados pela civilização em proveito de todos, como da dignidade da pessoa humana, pois que atuam em relação à vida, à dignidade e os direitos fundamentais.

Nessa linha, as mais diversas áreas estão sendo afetadas pelo conhecimento adquirido a partir da descoberta da estrutura do DNA, e em especial do desenvolvimento ocorrido com o Projeto Genoma Humano (PGH). É assim com o direito, pois passou a existir a necessidade de regulamentar diversas novas figuras derivadas da genética, como referente a informação alcançada com os testes genético e armazenadas em bancos de dados genéticos; como também passou a ser considerada uma nova forma de ver direitos estabelecidos anteriormente, como da personalidade, e divisar outras consequências, como a compreensão de nele estar inserido o direito à identidade genética.

Esse conhecimento acabou produzindo outras e novas percepções sobre direitos que revelam o próprio modo de ser da pessoa e levou ao destaque da ética junto com o direito, revigorando a bioética, e até permitindo que se desdobrasse, como resultado, um outro ramo de estudo, o biodireito.

Uma das implicações decorrentes do conhecimento adquirido com o sequenciamento e mapeamento concluído por meio do Projeto Genoma Humano (PGH), é o de tornar factível a discriminação, não baseada mais no traço diferencial tradicional (sexo, raça, cor, convicção religiosa, idade e etc.), mas no material genético (ou perfil genético), com a especificidade de que além de atingir o indivíduo, seus familiares, possibilitar a conduta discriminatória mesmo quando as informações genéticas revelam apenas a probabilidade de, num futuro, ser desencadeada alguma enfermidade.

Nessa problemática avultam expressões como de informação genética, testes genéticos, banco de dados genéticos, pois todas indicam o caminho que é preciso percorrer para ter acesso ao material genético de uma pessoa. Resta ver, assim, se é viável juridicamente o fornecimento das informações genéticas das pessoas, mormente quando se deparam com relações jurídicas como a de emprego, e nesse âmbito, se o material genético (ou perfil genético) pode ser utilizado quando da seleção de pessoas para empregos.

Esse trabalho, portanto, tem como foco principal verificar as implicações do conhecimento adquirido com o Projeto Genoma Humano (PGH) nos contratos de emprego, consideradas as informações genéticas obtidas através de testes genéticos e catalogadas em bancos de dados. Investiga, enfim, se é possível o acesso as informações genéticas do candidato ao emprego ou do empregado pelo empregador a partir do estudo do instituto do “consentimento livre e esclarecido”.

O consentimento livre e esclarecido originalmente instituído próprio da relação médico-paciente adquire importância substancial quando se trata do acesso as informações genéticas das pessoas, inclusive em outros tipos de relações jurídicas como a de emprego, inclusive na fase pré-contratual. Contudo, é observado basicamente sob a ótica da relação médico-paciente sem que seja construído um estudo sobre sua aplicação e implicações em face dessas outras relações empregado-empregador, candidato-contratante, este notadamente no campo do trabalho.

2. Algumas consequências do conhecimento adquirido com os avanços científicos.

Os avanços científicos não implicam, necessariamente, benefícios para a humanidade, pois ao tempo em que permitem expectativas de que progressos sejam realizados nas diversas áreas do conhecimento, também atraem a justa preocupação de que podem ser usados como forma de interferir na própria condição de ser humano.

Antes mesmo de ter sido finalizado o Projeto Genoma Humano (PGH), quando se vivia a expectativa dos avanços no campo da genética humana em virtude dele, Tom Wilkie assumia que esses avanços poderiam ser utilizados para o bem como também negativamente. Aos leigos competiria o controle dos novos conhecimentos e da aplicação da tecnologia, de modo que a abordagem transcenderia a do geneticista, para isso lembrava em forma de alerta sobre o uso do conhecimento “que os seres humanos são mais do que meros veículos para a transmissão de informação genética de uma geração para a seguinte, e que vida humana é mais que a mera expressão de um programa de computador escrito em linguagem bioquímica do ADN” (WILKIE, 1994, p. 9-10).

Assim, ao lado das vantagens que os avanços científicos e tecnológicos proporcionam aos seres humanos, existe a possibilidade de riscos, entre outros, como o de agressões e vulnerações a direitos personalíssimos e às liberdades fundamentais, (HAMMERSCHMID, 2008, p. 20) como também de guerras biológicas. (OLIVEIRA, 2002, p. 107). E através da manipulação ou terapia genética causar alterações que impliquem em mudança na estrutura genética das futuras gerações. (OLIVEIRA, 2002, p. 97.)

Não apenas isso, as consequências do mapeamento do genoma humano revelam diversas outras questões preocupantes que indicam a interferência da ética e do direito, como a privacidade das informações genéticas, segurança e eficácia da medicina genética e justiça no uso das informações genéticas, de acordo com Gisele Echterhoff (ECHTERHOFF, 2010, p. 41).

Nessa linha, cabe também o que foi consignado por Denise Hammerschmidt:

Os espetaculares avanços no conhecimento do genoma humano resultam em uma clara esperança para a detecção, prevenção e tratamento de numerosas enfermidades até agora sem solução possível. No entanto, ao mesmo tempo o progresso científico nessa matéria começa a colocar em alerta o homem do século XXI sobre a vulnerabilidade, como espécie e como único dono de seu destino, pois o conhecimento por terceiros de sua singularidade genética pode resultar em perigosas interferências no âmbito de sua vida privada e social. (HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 19).

Simone Born de Oliveira destaca o potencial positivo de qualquer projeto científico como o do genoma humano, funcionando inclusive como atrativo para financiamentos, levando a que efetivamente sejam postos em prática. Observa que o potencial positivo é logo enfatizado e que os riscos aparecem no decorrer das pesquisas, mas que o desenvolvimento delas é necessário em busca de benefícios para todos, além de evitar a estagnação do conhecimento (OLIVEIRA, 2002, p. 92).

Por sua vez, Gisele Echterhoff aponta vários benefícios e problemas que são consequências dos avanços científicos no campo da genética e da engenharia genética. Entre os benefícios a criação de drogas para doenças, inclusive com a elaboração de medicamentos que permitem a individualização do tratamento com a redução dos efeitos colaterais e a introdução de novas plantas no meio ambiente com a produção de novos alimentos de modo a possibilitar o combate à fome

(ECHTERHOFF, 2010, p. 42-43). Os problemas decorreriam da redução do ser humano à sua expressão genética sem atentar para a complexidade da natureza e do comportamento humano, bem como do uso da informação genética incluindo-se a regulação sobre os testes genéticos, qualidade e acesso da população, sintetizando tudo nas indagações: a) Quem especificamente terá acesso aos resultados e quem vai controlar a privacidade destes mesmos resultados? E como e a quem cabe determinar os aspectos éticos? O que vai prevalecer, o interesse econômico ou o interesse do portador desta informação? Até onde são confiáveis os testes genéticos? Quais são as consequências do conhecimento da possibilidade de desenvolver uma doença genética incurável? (ECHTERHOFF, 2010, p. 53-54).

A questão econômica não passa ao largo, pois como referido por Selma Rodrigues Petterle, a pesquisa científica é cada vez mais dependente de recursos privados, levando ao risco de que a pessoa seja tratada como mero objeto, a instrumentalização e/ou coisificação de qualquer ser humano, inclusive para fins comerciais. Preocupa a potencialidade de violação da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto é que se tem reconhecido o surgimento de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais e a eficácia e efetividade deles (novos e antigos), na era tecnológica, ocupa lugar de inarredável importância (PETTERLE, 2007, p. 19).

É de se destacar, então:

Por sua vez, vale frisar, nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção – mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais – da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional. Para além do já referido reconhecimento de um direito geral no livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana (já que o ser sujeito – titular – de direitos é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa), tal ocorre, apenas para citar outro exemplo dos mais contundentes, com a proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulações genéticas e até mesmo a fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressamente e diretamente) no nosso direito constitucional positivo. Também um direito à identidade pessoal (neste caso não estritamente referido à identidade genética e sua proteção, no caso, contra intervenções no genoma humano) tem sido deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo inclusive o direito ao conhecimento, por parte da pessoa, da identidade de seus genitores (SARLET, 2012, p. 125-126)

Considerando essa visão geral, é possível perceber que os conhecimentos adquiridos em razão dos avanços científicos, em especial o baseado no Projeto Genoma Humano (PGH), são constituídos de aspectos positivos e negativos, além de provocarem impactos nas mais diversas áreas que afetam os seres humanos, como a própria condição de ser humano, nas ciências médicas, no direito e até mesmo social.

Com os avanços científicos, e a partir do conhecimento adquirido com o Projeto Genoma Humano (PGH), foi considerado um outro ramo do estudo, o biodireito, com especial proximidade com a bioética, que teve revigorado o interesse no seu conteúdo. Assim questões voltadas a

aplicação dos seus princípios, que se circunscreviam a relação médico-paciente, e institutos que lhe são caros, como do consentimento livre e esclarecido, passaram a ganhar corpo e transitar noutros tipos de relação, como a de emprego.

3. A informação genética e testes genéticos.

A importância que se atribui a informação não pode mais estar dissociada do desenvolvimento tecnológico, pois a tecnologia levou a intensificação do seu fluxo. E com isso permitiu a potencialização do controle social pelo detentor da informação. Não foi um acaso que os regimes totalitários na história sempre buscaram manter o controle da sociedade através da informação – mas não apenas por meio dela. O desenvolvimento tecnológico age sobre a sociedade e, conseqüentemente, afeta o ordenamento jurídico (DONEDA, 2006, p. 12-16.).

O controle e a obtenção de informação assumem importância crescente na atualidade, chega a ser mesmo fundamental, principalmente no mundo dos negócios. Isso tem relação com a intensidade da concorrência e a complexidade do mercado, sendo utilizada para obter melhores recursos do que os concorrentes e para otimizar o uso desses recursos (VIANA, 2014, p. 37).

A maior difusão das informações também implica numa maior possibilidade de que a privacidade das pessoas seja afetada, acarretando sua erosão em que se admite como algo comum, como fato da vida induzido pela sociedade de consumo (DONEDA, 2006, p. 20).

A considerar ultrapassada a época em que se discutia sobre o apoio ou recusa às novas tecnologias, a relação entre elas e os valores persistentes no ordenamento jurídico é hoje de coexistência, inclusive com a realização de diversos mecanismos e institutos que visam construir esse espaço entre as novas tecnologias e o respeito aos direitos fundamentais (DONEDA, 2006, p. 22).

Uma das questões relacionadas com as informações genéticas é que através de testes genéticos ou *screening*, que permitem informações sobre o diagnóstico de doenças, também podem identificar indivíduos, estabelecendo as suas características biológicas e de seus familiares (ECTERHOFF, 2010, p. 78). Os testes genéticos são uma das aplicações práticas do conhecimento sobre o genoma humano, a mais importante, e permite conhecer os detalhes da constituição genética de cada pessoa (PETTERLE, 2007, p. 31). É, num turno, questão ético-jurídica que está relacionada com o Projeto Genoma Humano (PGH), como são aquelas relativas à preservação da privacidade da informação genética e do respeito aos direitos e à dignidade humana (DINIZ, 2014, p. 568).

Os testes genéticos podem ser realizados em qualquer fase da vida da pessoa, possibilitando descobrir uma alteração genética que acarretará uma doença, com probabilidade de cerca de 100% (teste pré-sintomático ou diagnóstico pré-sintomático); podem detectar genes com predisposição,

com suscetibilidade para uma doença, mas que dependem da influência de condições ambientais, indicando a influência de fatores externos (teste preditivo ou predizente); podem também verificar a translocações de que uma pessoa é portadora – que implica na circunstância de que a pessoa é saudável, sem sinal de enfermidade aparentemente, mas que pode transferir uma carga genética para seus descendentes, resultando em várias doenças (teste de detecção do estado de heterozigotia ou de predição de riscos para as futuras gerações). E, por fim, os testes que tem como objetivo, no âmbito de uma determinada população, conhecer a propagação de doenças infecciosas ou hereditárias (teste de rastreio ou de triagem populacional).³

Os problemas que decorrem do acesso as informações genéticas vão além da relação médico-paciente, mas importam em outras espécies de relação jurídica, como as trabalhistas, de seguro privado, na relação do cidadão com o Estado, quando ocorre a interferência do Estado na vida das pessoas, com decisões inclusive na área das políticas públicas. É nesse último aspecto que vale a advertência de Maria Helena Diniz adverte, pois ao considerar que com o desvendar do genoma humano as informações mais íntimas das pessoas acabam reveladas, que elas não podem ser disponibilizadas de modo incondicional às autoridades governamentais. E mesmo que seja necessária a obtenção de informações genéticas objetivando investigação biomédica ou de política sanitária, deve ser observada a reserva absoluta no que relativa à identidade do titular do exame (DINIZ, 2014, p. 568).

Nesse passo, como adverte Gisele Echterhoff que ao ser alcançada a informação genética, ela não serve somente na identificação cada ser humano, mas ao revelar todas as suas características biológicas relacionadas à saúde atual e futura, acaba por desvendar também a realidade biológica dos seus familiares. Com a identificação genética ocorre, portanto, a revelação de características especiais, que vão além e são distintas das informações pessoais, como o nome, filiação, etc (ECTERHOFF, 2010, p. 80-81). Aliás, os avanços na engenharia genética permitem a identificação de pessoas, mediante os dados genéticos, em um nível prévio a identidade pessoal (FREIRE DE SÁ, 2013, p. 116). Trata-se da identidade genética que se obtém ao ser desnudada as características genéticas do indivíduo, o fundamento, ou sua base biológica (FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, 2013, p. 132).

³ É importante a consideração feita pelo autor diferenciando quanto ao resultado obtido os testes de diagnóstico e de prognóstico: “A diferença entre a presença de um gene responsável por uma doença e a efetiva manifestação de uma enfermidade cria uma importante separação no que tange aos resultados obtidos com os testes genéticos. Ou seja, é possível obter tanto um diagnóstico certo e atual quanto uma informação sobre a propensão futura, um prognóstico. Os testes genéticos diagnósticos são aqueles capazes de revelar a saúde atual de uma pessoa, de denunciar a presença ou não de doenças no momento de sua realização, atestando a capacidade atual do indivíduo. Já os testes genéticos de prognóstico, ou de natureza preditiva, permitem detectar uma predisposição genética para uma afecção, demonstram a presença de um ou vários genes que, sob certas condições, poderão influenciar, no futuro, a manifestação de uma enfermidade.” (VIANA, 2014, p. 23-24.)

Não é por outro motivo que Selma Rodrigues Petterle defende que a Constituição Federal brasileira possibilita considerar o direito à identidade genética, como base biológica da identidade pessoal vinculada ao direito da personalidade, um direito fundamental. E assim, retrata que com isso pretende-se salvaguardar a constituição genética individual (a identidade genética é única e irrepitível de cada ser humano) enquanto base biológica de sua identidade pessoal. Com isso, firmar como um bem jurídico-fundamental, o direito a identidade genética, sendo uma das manifestações essenciais da personalidade humana, ao lado do já consagrado viés do direito à privacidade e do direito à intimidade (PETTERLE, 2007, p. 111).

A autora, ainda, enumera, partindo da noção de multifuncionalidade dos direitos fundamentais na função defensiva do direito à identidade genética, entre os seus conteúdos: o direito de não ser um clone humano e de não ter a identidade genética alterada por terapias genéticas, como também o direito de não ter a identidade genética revelada através de testes genéticos, salvo em benefício à saúde da pessoa testada, o direito de não ser discriminado por características genéticas (PETTERLE, 2007, p. 177). Nesse ponto sustenta ser um dos maiores problemas descortinados com o Projeto Genoma Humano (PGH), o fato de que, através de testes genéticos, sejam alcançadas as informações genéticas da pessoa e isso possibilite no campo das relações trabalhistas e de seguro, por exemplo, a discriminação por fator genético. É por isso que Maria Helena Diniz afirma que “ninguém tem direito de exigir a realização de análises genéticas em outrem, pois isso levaria à sua exclusão da cobertura por seguro de vida e de saúde, à sua discriminação por genes e à invasão da sua privacidade pelo uso de informações genéticas” (DINIZ, 2014, p. 569).

As informações genéticas que refletem as características das pessoas são permanentes, inalteráveis, indestrutíveis e, portanto, definitivas, além de existir o compartilhamento da herança genética com parentes, o que leva a descoberta indireta de características de terceiros, conforme Carlos María Romeo Casabona, além de involuntárias, pois não há margem para escolha das informações (CASABONA, 1999, p. 55-56).

Denise Hammerschmidt, baseada em Juan Álvarez Rodríguez-Drincourt, aponta dois níveis para as informações genéticas, sendo o primeiro nível relativo a nossa condição de seres humanos, de domínio público, e que não serve para a identificação do indivíduo; e o segundo, a que identifica plenamente as pessoas e as doenças que possuem ou que podem desencadear, sendo nesse nível que a proteção jurídica é necessária (HAMMERSCHMIDT, 2002, p. 37, tradução nossa).

Assim, uma das preocupações com o trânsito das informações genéticas é de que não venha somente a favorecer pacientes e familiares, mas que sejam utilizadas por terceiros em condições a não favorecê-los, como no caso do intuito eugênico e discriminatório. Também, como vivemos na era da informação, inclusive por ser o sistema capitalista fundado no poder da informação, as

informações genéticas possuem um valor precioso nas mãos de terceiros (ECHTERHOFF, 2010, p. 72). Isso pode resultar, por questão puramente econômica, no abandono dos interesses e direitos dos indivíduos (ECHTERHOFF, 2010, p. 76).

O uso das informações genéticas assim pode levar a um benefício pois permite antecipar o diagnóstico de doenças, mas a utilização inadequada pode acarretar a discriminação, com consequências no âmbito familiar, profissional e social.

Jussara Maria Leal de Meirelles depois de enfatizar a profunda questão relativa a segurança quanto ao uso proporcionado pelo sequenciamento do genoma humano, mormente sobre limites de aplicação do conhecimento e da manipulação de genes, as diferenças entre modificações genéticas para o bem comum e pura e simples eugenia e o uso que se dará as informações genéticas, exemplifica alguns problemas relacionados com os testes genéticos:

a) uma vez realizados em alguns indivíduos, podem ter impacto psicologicamente pouco saudável em diversos outros membros da família que, sequer, teriam algum interesse ou necessidade de saber sobre a probabilidade de desenvolverem determinada doença; b) podem vir a alterar o enquadramento social, familiar e profissional das pessoas: o isolamento, o distanciamento ou a aproximação nos afazeres diários, são algumas dessas alterações. Aquele que recebe um diagnóstico de probabilidade de desenvolver doença grave e fatal, ainda sem tratamento adequado em tempo de salvá-lo, poderá vir a agir de maneira negligente consigo, com as demais pessoas e com o seu trabalho, em momento muito anterior ao aparecimento de qualquer sintoma da doença, o que lhe será pessoalmente muito prejudicial, bem como em relação aos que com ele se relacionam; c) podem, também, vir a ser aplicados somente em determinadas populações (pessoas de determinadas regiões geográficas, crianças, idosos, presos, negros, índios, brancos, mulheres, homens, homossexuais, obesos, trabalhadores rurais, doentes mentais etc.), no intuito de investigá-las, em detrimento ou em privilégio de outras (MEIRELLES, 2013, p. 98-99).

Como as características genéticas não podem levar a qualquer tipo discriminação, desde que ofende o direito fundamental à igualdade, afirma a necessidade de proteção aos geneticamente desfavorecidos, com a limitação ou a proibição do acesso à informação genética que acarrete alguma desigualdade entre as pessoas. Resulta assim que as informações genéticas apenas deveriam ser acessadas em pesquisas, terapia ou testes, com o objetivo de conduzir a melhoria da qualidade de vida do ser humano ou alívio de enfermidades genéticas (MEIRELLES, 2013, p. 106). No entender da autora, toda a experimentação e terapia que envolva seres humanos deve ser restrita, sendo o limite, o único limite, propiciar a melhora da qualidade de vida, a existência digna, promovendo o bem-estar da pessoa humana (MEIRELLES, 2013, p. 111).

As informações genéticas são extraídas de qualquer material genético, de modo que podem ser retiradas do DNA, do esperma, do sangue, de tecidos ou de qualquer outro material (ECHTERHOFF, 2010, p. 88). Essas informações genéticas são individuais, e pelo que se demonstrou, revelam várias preocupações sobre seu uso.

4. Poder do empregador. Restrição a autonomia da vontade do trabalhador. Princípio da proteção.

O poder é inerente a organização, consoante José Augusto Rodrigues Pinto, de modo que considera existir uma relação direta entre poder e hierarquia, bem como entre hierarquia e disciplina, porquanto observa que são fatores cujas presenças são necessárias numa organização. E como afirma, todo o organismo empresarial detém os poderes de criação (organizar a empresa), de direção (regulamentar e fiscalizar a execução da atividade) e disciplinar (disciplinar a execução da atividade e sancionar as transgressões dos executores) (RODRIGUES PINTO, 2007, p. 305).

Observa, porém, que apenas o poder de criação é absoluto, enquanto os demais denominados poderes, ou seja, de direção e disciplinar, são meras consequências do poder de criação, poder originário, que tem como intuito permitir a manutenção da unidade executória do empreendimento e a hierarquia da organização (RODRIGUES PINTO, p. 305).

Esses poderes reconhecidos como necessários à organização empresarial devem ser considerados numa relação jurídica em que um dos elementos essenciais – a subordinação jurídica – atua com a intensidade tal que sujeita o empregado ao comando do empregador, ou seja, aos poderes de direção e disciplinar.

É dessa forma que se firmou que no âmbito das relações entre capital e trabalho, o conceito de subordinação jurídica⁴ aparece como necessário no estudo do poder incorporado nas mãos do empregador:

Assim, no âmbito das relações entre capital e trabalho, o poder somente pode ser estudado a partir do conceito de subordinação jurídica. A relação de emprego reconhece a subordinação jurídica como elemento intrínseco do contrato de trabalho, uma vez que a todo poder corresponde um necessário dever de subordinação jurídica do empregado face ao empregador. A relação de emprego é, portanto, vínculo socioeconômico que não se compreende sem a subordinação jurídica havida entre empregado e empregador (ALVARENGA, 2013, p. 22).

Ao considerar esses dois elementos – o poder do empregador e a subordinação jurídica – já se percebe que a autonomia da vontade do empregado sofre restrições. A limitação a autonomia da vontade acontece quando o contrato de emprego está em curso, mas é visível também quando da seleção para contratação. De um modo geral, tal circunstância decorre da condição de vulnerabilidade do candidato (na seleção) e do empregado (no curso do contrato).

Caio Mário da Silva Pereira observa que a ordem jurídica assegura aos indivíduos a faculdade de criar direitos e estabelecer uma vinculação efetiva, como também concede a liberdade

4 “A subordinação jurídica compreende, assim, a sujeição do labor do empregado à vontade do empregador. Na relação empregatícia, o empregador detém os poderes para dirigir, regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades ao trabalhador. É por intermédio do exercício do poder empregatício que se instrumentaliza a subordinação jurídica no contexto da relação de emprego.” (ALVARENGA, 2013, p. 23)

de contratar, que é concretizada em quatro momentos. O primeiro corresponde a faculdade de decidir, de contratar ou de não contratar, enquanto o segundo está relacionado com a liberdade de escolha da pessoa com quem contrata e do tipo do negócio. O terceiro momento diz respeito a liberdade de fixar o conteúdo do contrato e o quarto é o de, após concluído o contrato, poder mobilizar o aparelho do Estado para que ele seja observado, assegurando sua execução. Enfim, o princípio da autonomia da vontade requer que seja considerada a faculdade que possuem as pessoas de concluir livremente seus contratos (PEREIRA, 1997, p. 9-10).

O princípio da autonomia da vontade, contudo, não é absoluto, pois pode sofrer restrições sob dois aspectos: a) prevalência da ordem pública; e, b) dirigismo contratual. As normas de ordem pública são aquelas que ordenam ou proíbem determinados comportamentos, de modo que os particulares não possam derogá-las por ajuste privado. São incluídas nesse âmbito aquelas que tratam da organização da família, sucessão, organização política e administrativa do Estado, inclusive as bases mínimas da organização econômica e relativas ao direito do trabalho em seus aspectos fundamentais. Por seu turno, a noção de dirigismo contratual passa pela percepção de que o Estado deve intervir nos contratos, seja através de normas de ordem pública, impondo restrição a autonomia da vontade, seja através de uma intervenção judicial. Sobreleva daí três situações: o legislador impõe a contratação; institui cláusula coercitiva definindo direitos e deveres dos contratantes; e, em outros casos, autoriza que o juiz possa rever o contrato e estabelecer condições de execução (PEREIRA, 1997, p. 10-13).

Para Francisco Rossal de Araújo, as limitações relacionadas com a autonomia privada (acima denominada de autonomia da vontade) possuem duas características, sendo a primeira limitando propriamente a autonomia da vontade, cujas atuações estão fincadas, por exemplo, na função social da propriedade, no direito do trabalho e dos consumidores, entre outros, com destaque para os princípios gerais do direito, como o da boa-fé; e a segunda transformando o Estado em elemento empreendedor, fazendo com que participe ativamente e diretamente das relações econômicas, e isso acontece, exemplificativamente, através das empresas públicas e sociedades de economia mista.⁵

É algo que se adequa a realidade a existência da desigualdade econômica entre empregado e empregador. Mas não apenas quando vivenciada uma relação de emprego em curso um contrato de

5 “Por outro lado, a liberdade de contratar sofre uma série de restrições. Os particulares, quando avençam cláusulas entre si, devem obedecer aos limites previstos no ordenamento jurídico. O papel de limitadores da autonomia privada é reservado à lei e aos Princípios Gerais do Direito, entre eles a boa-fé. Nos negócios jurídicos entre particulares, cada vez mais devem ser observadas certas disposições legais. Nesse sentido, desenvolve-se toda a transformação do contrato de locação de serviços em contrato de emprego. Foram tantas as limitações à autonomia dos contratantes que, como foi visto, chega-se a questionar se o Direito do Trabalho faz parte do campo do Direito Privado. Tal atuação leva ao repensar do dogma da autonomia privada, que entra em choque com diversas normas de ordem pública, que servem como corretoras de desigualdades verificadas no plano econômico.” (ROSSAL DE ARAÚJO, 1996, p. 188-189)

emprego. Esse desequilíbrio aparece também quando da seleção de um candidato para alguma vaga de emprego.

A consequência da realidade socioeconômica e da intervenção do Estado nos contratos é o de estabelecer restrição a autonomia da vontade dos contratantes. Nas relações trabalhistas subordinadas a legislação institui cláusulas coercitivas fixando direitos e deveres. E esse mesmo legislador aponta na direção de proteger aquele que está situado numa condição desfavorável.

O princípio da proteção surge nesse contexto, de forma que no direito do trabalho a opção é por proteger a parte mais fraca, estabelecendo uma série de regras compensatórias. Assim, a ordem jurídica age como niveladora de desigualdades. Este princípio possui três projeções: 1) *in dúbio pro operário*, que consiste em que quando uma norma comportar mais de um sentido, o intérprete deve optar pelo sentido que mais favorece o trabalhador; 2) da aplicação da norma mais favorável, relativa a que, numa situação abstrata e genérica, existindo normas de diferente hierarquia, deve ser aplicada a mais favorável ao trabalhador; e, 3) a da condição mais benéfica, implica que, numa situação concreta, reconhecida e determinada, é de ser considerada se observado que é mais favorável ao trabalho, comparando-se com uma nova medida que se pretende aplicar. Atua como forma de evitar alteração lesiva ao trabalhador (ROSSAL DE ARAÚJO, 1996, p. 77-81).

A atuação do Estado intervindo e limitando a autonomia da vontade, veio com o objetivo de proteger aquele que está em condição desfavorável e assim conter o desequilíbrio entre os sujeitos. Esse fenômeno ocorre no campo das relações trabalhistas e também nas relações que envolvem os consumidores. É difundida a expressão de vulnerável relativa ao consumidor, que também é apropriada ao trabalhador. A condição de vulnerabilidade, portanto, de um e de outro, justifica em parte a intervenção do Estado restringindo a autonomia da vontade.

É por isso que João Batista de Almeida pontua:

Há certo paralelismo entre o empregado e o consumidor. Está ocorrendo com a defesa do consumidor o mesmo fenômeno vivido há cinquenta anos, quando surgiu a tutela do empregador nas relações de trabalho: é que tal tutela só foi possível e se tornou real após o reconhecimento da situação de fragilidade e dependência econômica do empregado em face do empregador. O mesmo está ocorrendo agora no que respeita ao consumidor, ou seja, do reconhecimento de sua vulnerabilidade está nascendo a tutela legal (1993, p. 17).

Em razão disso, compreende que o Estado intervenha em busca do equilíbrio nas relações, no caso do consumidor, seja protegendo, seja educando-o, além de propiciar mecanismos e instrumentos que permitam superar esse desequilíbrio (ALMEIDA, 1993, p. 25). Essa posição de inferioridade do consumidor está atrelada a subordinação estrutural e ao poder econômico do fornecedor. O reconhecimento da vulnerabilidade agiu para o surgimento da tutela do consumidor (ALMEIDA, 2003, p. 21).

Desse modo, as normas de proteção⁶ procuram levar a relação no campo do trabalho, como também na de consumo, a um patamar de equilíbrio, com vista a reduzir a desigualdade econômica entre as partes (ROSSAL DE ARAÚJO, 1996, p. 72). Nesse papel, como salientado, é importante o papel dos princípios gerais do direito, em especial o da boa-fé. Em razão da boa-fé, portanto, é importante analisado inclusive no que se refere as fases do contrato em que deve ser aplicado.

5. A boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva, como anota Luciano Augusto de Toledo Coelho, foi sempre entendida como pressuposto metodológico de interpretação jurídica, a servir como forma de evitar o rigor da lei, como uma garantia de equidade, mas passou-se a atribuir-lhe o estatuto jurídico de geral, com o desenvolvimento da civilística, acarretando a ampliação do âmbito de eficácia dos seus referenciais legislativos, proporcionando um grau de objetividade dogmática que não havia, pois que anteriormente dependia da subjetividade do julgador, com inserção no ordenamento brasileiro através do art. 4º e 51 da Lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor) (COELHO, 2008, p. 76-78).

Lembra Roberto Senise Lisboa que a boa-fé veio do direito alemão, sendo uma evolução do instituto que passou a considerar o aspecto moral da obrigação, pois antes assumira o conteúdo de juramento de honra como forma de reforçar a responsabilidade pessoal do devedor, a garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada. Destaca a lealdade, condizente com o cumprimento exato da obrigação contratual e a necessidade de observar os interesses da outra parte, como aspectos marcantes. Acentua que a boa-fé germânica medieval introduziu novos valores ao princípio, que serviu como base até para a codificação do direito civil alemão, desde que ideias de honra, lealdade e respeito são estranhas ao conceito *bona fides* do direito romano (LISBOA, 2012, p. 101).

Por sua vez, a boa-fé objetiva veio com Rudolf Von Ihering, em 1861, afastando-se da ideia de culpa *in contrahendo*, a revelar culpa e responsabilidade civil subjetiva. No Brasil, surgiu na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 30, que impôs ser a informação dada mesmo antes da contratação, parte integrante do contrato. Na Alemanha veio através da lei de modernização do direito das obrigações de 2002 quando foi introduzida norma contendo deveres pré-negociais

6 Destacando a importância do princípio da proteção, Almeida registra que a “[a] velocidade das transformações sociais repercute instantaneamente na vida do trabalhador e, por consequência, reflete-se no Direito do Trabalho. Isso exige do intérprete uma visão progressiva e prospectiva, que não deve, entretanto, desprezar os sustentáculos básicos já sedimentados na ciência jurídica. O conhecimento dos princípios fundamentais permite adaptar leis antigas aos fatos novos, integrar e harmonizar as diversas normas para a finalidade precípua da proteção, característica essencial do Direito Laboral. (...). Também o Direito do Trabalho, como ramo autônomo da ciência jurídica, ostenta princípios peculiares que lhe atribuem uma fisionomia especial. O mais importante deles é o princípio da proteção, segundo o qual a norma jurídica tem como finalidade básica o amparo, a tutela, enfim, a proteção do trabalhador. Diante da superioridade econômica do empregador e do risco da dominação abusiva, consagrou-se uma superioridade jurídica do empregado para buscar um melhor equilíbrio no relacionamento jurídico.” (OLIVEIRA, 1998, p. 47-48).

(LÔBO, 2012, p. 79-81). Não é uniforme esse dado, pois existe registro de que no *Code Civil* Frances de 1804 (artigo 1.134)⁷ foi prevista a boa-fé objetiva, e na legislação alemã, em 1896, através do Código Civil Germânico (§242)⁸, atuando este como fonte para outras legislações em vários países, como a brasileira, portuguesa e italiana (SOARES, 2008, p. 98-99).

A boa-fé objetiva atua como regra de conduta dos indivíduos que visam pactuar. Tem sua razão de ser no comportamento, nas repercussões desse comportamento nas relações jurídicas contratuais. Linha assinalada por Paulo Lôbo:

A boa-fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas contratuais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social. A boa-fé objetiva importa conduta honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento (LÔBO, Paulo, **Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72-73).

A boa-fé é traduzida em duas espécies: a boa-fé subjetiva e a objetiva. Lembrando Renata Domingues Balbino Munhoz Soares que nas duas espécies estão presentes o elemento confiança, mas apenas na objetiva existe como elemento o dever de conduta de outrem (SOARES, 2008, p. 82).

A boa-fé objetiva, conforme artigo 422 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil de 2002),⁹ é aplicada nos momentos de conclusão do contrato e de sua execução. Assim, se feita uma leitura restrita do dispositivo, tudo que ocorresse antes da formalização do contrato e após o seu fim não seria ambiente de incidência do princípio.

O entendimento mais amplo, contudo, é o que persiste, na direção de que a boa-fé objetiva alcança também outros momentos como pré e pós-contratual, pois como um princípio e regra tem como âmbito de atuação, desde etapa das tratativas que antecedem a formação do contrato até mesmo após o seu término (ALVARENGA, 2013, p. 134). Desse modo, não se pode desconsiderar que seu âmbito de atuação apanha qualquer uma das etapas relativas a fase pré-contratual (de participação; de conhecimento e de seleção; e de tratativas e de preparação), avança durante e até mesmo depois de findo o contrato.¹⁰

7 “As convenções legalmente formadas valem como lei. Elas podem ser revogadas por mútuo consentimento ou por causas que a lei autorize. Elas devem ser executadas de boa-fé”.

8 Pereira da Silva afirma que “[a]ssim foi também na Alemanha, onde a atividade laboriosa da doutrina ocupou-se com a sistematização de um substancial material gerado pela atuação judicial e fundamentado, basicamente, no famoso § 242 BGB, cláusula geral da boa-fé naquele ordenamento. Depurou-se, com isso, seu conteúdo jurídico e viabilizou-se um núcleo de significação positiva à expressão 'boa-fé' (Treu und Glaube). Como resultado desse esforço, podem citar-se a verificação da múltipla incidência do princípio da boa-fé (na fase pré-contratual, ao longo do desenvolvimento do vínculo e mesmo após a extinção dos deveres de prestação), a constatação da 'confiança' como um dos valores agregados ao conceito e à visualização da relação obrigacional como relação jurídica complexa.” (2002, p. 34-35.)

9 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

10 Para Mario da Silva Pereira “O Código de 2002 preencheu essa lacuna e dispôs no seu art. 422 que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro dos quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da

Nessa direção, aliás, Paulo Lôbo (2012, p. 74) discorre que apesar do Código Civil de 2002 não ter sido tão claro, admite-se a interpretação de que o princípio da boa-fé objetiva alcança os comportamentos *in contrahendo* e *post pactum finitum*. Ou seja, tanto o comportamento no momento anterior a formalização do contrato, como após o seu término.

Aduz assim que:

A referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destes. A referência à execução deve ser também entendida como inclusiva de todos os comportamentos resultantes da natureza do contrato. Em suma, em se tratando de boa-fé, os comportamentos formadores ou resultantes de outros não podem ser cindidos. (LÔBO, 2012, p. 74).

O autor chega mesmo a considerar a boa-fé objetiva como um dos princípios fundamentais do nosso sistema e atribui a ela as funções de integração e interpretação do negócio jurídico, de fonte de deveres jurídicos e de limite de direitos subjetivos (LÔBO, 2012, p. 75).

Desse modo, então, lastreada na ideia de confiança, como um dos mais importantes fundamentos materiais, a boa-fé é conduzida e reconduzida a uma série de eficácias que podem ser prévias à constituição do contrato, contemporâneas da execução e mesmo posteriores (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 48).

Admite-se que há um espaço de liberdade de desistência que deve ser preservado, por força da autonomia privada negocial. Integra o risco de qualquer negócio que uma ou ambas as partes possam dele desistir, antes da formação do contrato. Mas há outro espaço que é protegido, em razão de princípios fundamentais de nosso sistema, notadamente os da boa-fé, da aparência, da confiança, geradores de deveres gerais de conduta para os que ingressarem em processo de formação contratual (LÔBO, 2012, p. 86).

Esse traço está relacionado com o caráter normativo do princípio da boa-fé, pois todos os efeitos são decorrentes da própria incidência do princípio, com resultados complementares e importantes. Nisso aponta para o nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais sem que suas fontes sejam a vontade, independentemente de serem declarados pelas partes, por elas queridos ou mesmo totalmente desprezados, pois participam do conteúdo jurídico da relação (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 54). Incide o princípio da boa-fé sobre todas as relações jurídicas, pois configura cláusula geral de observância obrigatória, com conceito jurídico indeterminado e com sua concretização segundo as peculiaridades de cada caso (MARIO DA SILVA PEREIRA, 2013, p. 18-19).

Por isso que analisando as funções da boa-fé objetiva Renata Domingues Balbino Munhoz Soares insiste que antes não havia consequência pelo descumprimento do contrato, pois na época do

inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedentes e posterior do contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito". (MARIO DA SILVA PEREIRA, 2013, p. 18)

Código Civil francês de 1804 destacava-se a intenção das partes, um elemento subjetivo para interpretar o contrato, mas com a mudança no panorama, foi inserido na interpretação dos contratos o elemento objetivo, a boa-fé, descortinada no aspecto confiança, de modo que deixou de ser considerada apenas a vontade das partes. Atua também a boa-fé objetiva como instrumento para suprir as lacunas. Age, de outro modo, como limitadora de direitos subjetivos nas figuras *suppressio* e *surrectio*,¹¹ e do adimplemento substancial. E, por fim, como elemento de criação de deveres anexos ao lado daqueles que foram explicitamente convencionados pelas partes (SOARES, 2008, p. 104-113).¹²

6. Deveres anexos de conduta como elemento do vínculo obrigacional.

Os deveres que implicitamente decorrem da boa-fé objetiva são denominados em vários momentos de formas diferentes a partir da ótica dos diversos autores, como se verá, a exemplo de deveres laterais, anexos, colaterais, acessórios e secundários (no texto vai ser destacada a expressão “deveres anexos de conduta”).

Numa relação obrigacional complexa ao lado dos deveres que correspondem a espécie de prestação que é veiculada na obrigação, que a identifica, e que constituem seu aspecto principal, sua “impressão digital”, denominados de deveres principais, existem uma série de outros deveres que se pode denominar de anexos, que acabam relacionados diretamente com a prestação, mas não tem qualquer prestação que os caracterize enquanto espécie distinta (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 70-72).

Os deveres anexos de conduta, portanto, estão presentes no conteúdo normativo das relações obrigacionais, mas não tem como fim a realização ou substituição da prestação, diretamente (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 75). Vale o alerta, contudo, de que todos os deveres que não possam ser relacionados como necessários à execução do contrato (ou da obrigação) ficam de fora do âmbito dos deveres anexos de conduta (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 89).

A esse respeito os deveres anexos de conduta são instrumentais e implícitos, e podem surgir antes da formação do contrato e persistirem até mesmo após seu término, ensejando,

11 Em relação às duas expressões, explica Pereira da Silva: “Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contrariar a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado. Trata-se da proibição *de venire contra factum proprium*, ou seja, a impossibilidade de alguém ir contra a sua própria conduta anterior. Esta eficácia pode ser subdividida em *supressio* e *surrectio*. Na *supressio* há supressão de um direito subjetivo em face da conduta; na *surrectio*, há o nascimento.” (2002, p. 49.)

12. “A boa-fé serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)” (MARIO DA SILVA PEREIRA, 2013, p. 19).

respectivamente, responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, em razão de seu descumprimento¹³. Estão, portanto, atrelados ao principal, ao que foi convencionado explicitamente pelos contratantes. Desse modo, as condutas devem ser observadas, na fase pré-contratual, durante e após o fim do contrato, sendo responsabilizado aquele que descumprir.

No que diz respeito ao período pós-contratual, persistem deveres, positivos ou negativos, que resultam das mesmas razões e fundamentos fixados a partir da aplicação da boa-fé objetiva, consistindo em transeficácia do contrato, independentemente da sua extinção. Vários exemplos podem ser citados sobre situações em que resta imposto o dever de conduta para além do fim do contrato: o dever do profissional liberal (médico, advogado, contador) de guarda e de não revelação dos segredos recebidos do cliente; o dever de fornecer informações e documentos necessários ao adquirente de coisa para a regularização do título; ou o dever de não prestar informação que prejudiquem a atividade da outra parte (LÔBO, 2012, p. 81).

No que concerne a fonte material-normativo, os deveres anexos de conduta decorrem do princípio da boa-fé, considerado o valor confiança, e isso implica que visa obstar que danos sejam causados à pessoa ou aos bens da outra parte, além de firmar que o adimplemento aconteça da forma mais satisfatória aos interesses do credor e menos onerosa ao devedor. O suporte concreto corresponde ao momento em que as vontades se somam, enquanto a fonte fática é o conjunto de fatos ensejadores e/ou que vem como consequência do acordo (PEREIRA DA SILVA, 2002, p. 95-96).

A boa-fé objetiva firma um dever mais amplo que aquele expressamente disposto em lei ou no negócio jurídico e estabelece entre os pactuantes deveres anexos de conduta, mas os autores divergem sobre quais são. Para Roberto Senise Lisboa, seriam de lealdade, cooperação mútua, de informação, assistência técnica, veracidade, segurança e transparência, que estariam implícitos no acordo de vontades (LISBOA, 2012, p. 102). Para Rúbia Zanotelli de Alvarenga, o referido princípio impõe regra de comportamento a ser seguido pelos pactuantes, segundo o padrão de honestidade, sigilo, informação, ética e equilíbrio, inclusive na fase pré-contratual, firmando deveres como de informação, proteção, lealdade e sigilo e não discriminação (ALVARENGA, 2013, p. 136). Para Renata Domingues Balbino Munhoz Soares os deveres anexos conduta principais seriam de informação, oportunidade de conhecimento do conteúdo do contrato, de clareza, de cooperação, de cuidado e proteção, de prestar contas, de lealdade e de sigilo (SOARES, 2008, p. 118). Luciano Augusto de Toledo Coelho também menciona que como consequência da boa-fé surgem os deveres anexos de conduta, como o dever de informação, com a aplicação da doutrina do

¹³SOARES propõe um exemplo para explicitar o tema: “Ao lado deles, temos os deveres ou obrigações secundárias. Esses deveres estão diretamente ligados à obrigação principal. Tomemos como exemplo o contrato de compra e venda. A obrigação de entregar coisa, por parte do vendedor, é obrigação principal. No entanto, são deveres secundários os de conservar a coisa vendida, de transportá-la ao local combinado, ou até o de embalá-la” (2008, p. 115).

consentimento informado, e o dever de sigilo e proteção de dados (COELHO, 2008, p. 86-98), sendo a função mais relevante da boa-fé, criar um determinado padrão de comportamento no sentido de propiciar o alcance da finalidade do contrato (COELHO, 2008, p. 86).

É por isso que os deveres de informação e lealdade são importantes, bem como o de sigilo decorrente destes, pois com eles o empregador não pode divulgar para terceiros as informações obtidas relativas ao candidato ao emprego, na fase pré-contratual (ALVARENGA, 2013, p. 145), quando em curso o contrato, e mesmo quando findo este.

Importa acentuar que os deveres anexo são bilaterais, colocando-se como condutas que tem que ser observadas pelos que constituíram a relação contratual, como consequência das exigências da boa-fé, de acordo com a lealdade e honestidade que deve seguir como padrão de comportamento entre eles (SOARES, 2008, p. 116).

Nesse ponto, considerando a importância dos deveres anexos de condutas originados a partir da boa-fé objetiva, destaca-se um deles para uma análise: o dever de informação, com a aplicação da doutrina do consentimento livre e informado.

7. Dever anexo de conduta: o dever de informação, com a aplicação da doutrina do consentimento livre e esclarecido.

O consentimento informado é instituto que, mesmo que se considere que tem aplicação nas relações de emprego, resvala na relação médico-paciente, sendo mesmo direito do paciente. É por isso que Carlos María Romeo Casabona, sem esquecer que a informação pode causar impacto além da figura do paciente, explicitou: “trata-se de uma espécie de contrapartida ao paciente, um dos pressupostos para o exercício de sua própria autonomia em um âmbito de sua vida pessoal que, em muitas ocasiões, pode chegar a ser de extraordinária transcendência para ele e seu entorno” (CASABONA, 2005, p. 131).

Segundo ele, o consentimento, do ponto de vista jurídico, concerne à materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência ente as partes de uma relação. Vale dizer, da autonomia própria das relações jurídicas. Atua como condição de legitimidade da ação de um terceiro, quando possa afetar um bem jurídico penalmente protegido e quando se reconheça a faculdade de disposição por parte de seu titular (integridade corporal e saúde), ou refira-se a própria liberdade de movimentos e de deslocamento (liberdade ambulatoria), ou mesmo na formação ou manifestação de vontade daquele (detenções ilegais, ameaças, coações, tratamento médico arbitrário). Atualmente pode ser primordialmente concebido como um direito, subjetivo, que entronca com diversos direitos fundamentais e que, enquanto tal, confere legitimidade ao ato

médico nas demais e variadas projeções jurídicas que possa apresentar o dito ato (p. ex., civis ou penais) (CASABONA, 2005, p. 128-129).

Compreende, enfim: 1) o direito de dar consentimento a participar do tratamento sem coerção, sem ser enganado e com competência, assim como 2) o de retirar-se do tratamento, por completo ou em parte (ENGELHARDT JR, 2004, p. 368).

Desse modo:

O princípio do consentimento dá a devida fundamentação ao direito de ser deixado em paz, ao de privacidade, ao direito de recusar o toque e as intervenções de outras pessoas. Esse direito é central à própria noção de uma comunidade pacífica, unida pelo respeito mútuo à ideia de uso por outros apenas com a sua permissão (ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2ª ed., 2004, p. 369).

O consentimento livre e esclarecido tem na sua origem a proteção do paciente e constitui o embrião do respeito ao direito individual das pessoas que se encontram submetidos aos médicos para fins de pesquisa, de um modo geral, e em particular, do reconhecimento do direito à livre autodeterminação (CASABONA, 2005, p. 133). Sua exigibilidade jurídica parece ter sido iniciada com a Declaração de Direitos dos Pacientes do Estado de Minnesota, nos Estados Unidos da América, influenciada pela Declaração da Associação Americana de Hospitais e pelo Decreto 74/27, de 14 de janeiro de 1974, na França (CASABONA, 2005, p. 134). Com o conhecimento adquirido com o Projeto Genoma Humano (PGH) tem que ser considerado em qualquer hipótese de destinação da informação baseada em testes genéticos, pois essas informações afetam tanto o paciente como seus familiares.

A liberdade efetivada (de escolher livremente) quando do consentimento esclarecido pode adquirir três sentidos: a) ser capaz de escolher; b) estar desimpedido de compromissos anteriores ou autoridade justificada; e, c) estar livre de coação¹⁴. No sentido de “estar livre de coação”, parte-se do ponto de que não se pode usar as pessoas sem a sua permissão, de modo que nenhum acordo obtido sob coação precisará ser respeitado.

Como conclusão:

A pessoa que emprega a coação para garantir um acordo não pode consistentemente apelar para a noção de uma comunidade moral para afirmar que o indivíduo coagido deve se apresentar. O consentimento válido deve ser obtido sem a necessidade do uso de táticas que reduzem o indivíduo que consente à condição de simples meio, isto é, que colocam o consentimento de lado. Assim, não são apenas as ameaças diretas de violência que contarão como força injustificada ou não-consentida aplicada contra o inocente, mas também a fraude, as ameaças de rompimento de contrato, ou deixar de fornecer as informações devidas. Estas intervenções são proibidas porque representam violações ao princípio do consentimento que dá apoio à mínima noção de comunidade pacífica (ENGELHARDT JR, 2004, p. 374).

14 ENGELHARDT JR explicita cada sentido do consentimento esclarecido, a saber: “O primeiro sentido da liberdade é o de ser capaz de ter autodeterminação. Não compreende a forte condição de que é preciso ter autoridade racional, como Kant exige para a decisão autônoma. O segundo sentido identifica estar em liberdade moral para agir em uma esfera particular, onde a restrição moral encontra-se baseada no princípio do consentimento. O último sentido reconhece que, se usamos da coação para obter a permissão de outro, estamos colocando de lado a base para afirmar o direito àquilo que a pessoa coagida concorda em fornecer” (2004, p. 371).

No consentimento livre e esclarecido a informação tem espaço central. A informação se vincula normalmente como parte do processo do consentimento que outorga o paciente, mas antes não era tido pelos profissionais médicos como uma obrigação, sendo compreendida como algo discricional ou de acordo com a receptividade que se presumia que pudesse ter o paciente. A informação faz parte do processo de consentimento, contudo, e aparece, do ponto de vista jurídico, ao menos de três formas: como objeto de consulta ou finalidade do ato médico, como parte do tratamento (informação terapêutica) e como pressuposto do consentimento (CASABONA, 2005, p. 143). E nesse último objetivo mencionado, o seu fundamento se encontra em que somente pode existir um consentimento juridicamente válido quando ele for emitido pelo sujeito de acordo com uns requisitos e se mostre ausente de vícios (CASABONA, 2005, p. 146).

Melhor explicando, pontua Carlos María Romeo Casabona:

... tem de ser livre e consciente (essa característica, por certo, não se rompe pelo fato de que o paciente renuncie à informação e preste, apesar disto, seu consentimento). Ademais, deve estar ausente de vícios na formação ou na manifestação da vontade, o que somente é possível se o dito consentimento estiver livre de erro, ou seja, se o sujeito possuir uma clara representação do alcance do ato ou dos atos sobre os quais vai consentir, portanto, se estiver devidamente informado; assim como de engano, de coação ou de qualquer outro procedimento para obter o consentimento do sujeito sem que seja o fruto dessa livre e consciente vontade (CASABONA, 2005, p. 147).

A informação, assim, para ser considerada adequada, diz respeito ao fato de que deve ser transmitida ao paciente em qualidade e quantidade. Ou seja, a informação transmitida deve ser a relevante, não menos que isso, comunicando-se as características e natureza da intervenção, seu objetivo, efeitos imediatos, colaterais e secundários prováveis e possíveis, além das consequências para a vida do paciente, riscos previsíveis, alternativas, etc. Sempre prestada de forma que seja possível ao paciente compreender, inclusive tendo em conta o nível cultural e intelectual, a permitir que possa consentir livremente e conscientemente. Por outro lado, a informação é inadequada quando ausente e excessiva, bem como pode levar a “saturação informativa” se desnecessária e inútil, sendo uma forma mesmo de desinformação (CASABONA, 2005, p. 155-156)¹⁵.

Enfim, o consentimento livre e esclarecido determina o campo de atuação dentro do qual deverá desenvolver licitamente o médico, bem como a manifestação deve se referir à classe do ato médico (de diagnóstico ou tratamento) e os limites ou extensão destes, necessariamente (CASABONA, 2005, p. 159). A referida relação propicia a persistência de um “enclave de segurança” nas relações médico-paciente, mas não somente aí, considerando que o caráter de sigilo das informações também encontra espaço em outras espécies de relações jurídicas.

¹⁵Engelhardt Jr. sintetiza essa discussão considerando a existência de padrões: padrão profissional, objetivo e subjetivo (2004, p. 381-384).

8. O acesso as informações genéticas do trabalhador e o consentimento livre e esclarecido.

O quadro exposto permite a discussão a ser considerada sobre o acesso as informações genéticas do trabalhador, a partir da realização de testes genéticos, e a importância do consentimento livre e esclarecido nas relações no âmbito trabalhista por parte do potencial empregador (na seleção) ou do empregador efetivo.

A realização de testes genéticos implica considerar que se está agindo no campo médico-paciente, mesmo que as informações genéticas obtidas sejam utilizadas tendo em vista algum objetivo envolvendo a contratação do trabalhador (fase pré-contratual), ou no curso do contrato de emprego. Nisso, antes da informação ser emprestada para o objetivo desejado, necessário que sua divulgação dependa da liberação, através do consentimento livre e esclarecido – claro que se cogita aqui de se compreender possível, que o consentir do trabalhador tenha alguma relevância.

A importância da discussão é revelada quando se percebe que os testes genéticos levam a desvendar a carga genética do indivíduo e de seus familiares, conseqüentemente, sendo uma porta aberta para a discriminação por fator genético, mormente na área das relações trabalhistas. Além disso, um outro dado que importa na qualificação do tema como importante é o fato de que o Brasil não possui uma legislação específica, ao contrário de outros países. O consentimento livre e esclarecido no Brasil é tratado apenas como vinculado à relação médico-paciente, de modo que não existe uma discussão madura sobre a sua implicação no âmbito trabalhista.

Num primeiro momento pode ser compreendido que o tratamento do consentimento livre e esclarecido sob a ótica da relação médico-paciente é suficiente, contudo, como demonstra a edição de lei própria em outros países e a singularidade das relações trabalhistas é preciso que ganhe corpo uma estrutura legal que regule a aplicação do instituto. Com efeito, as relações são distintas, como devem ser distintos o modo de compreender o instituto e seu fundamento a partir das características das relações em que se pretende ver aplicado o consentimento livre e esclarecido. Basta perceber, a título de comparação, que o consentimento livre e esclarecido no campo da relação médico-paciente tem como fundamento a saúde do paciente, não se cogitando aqui de transparecer forma alguma de discriminação. Avulta sempre aspecto positivo. No caso da potencial aplicação no campo trabalhista a sombra negra da discriminação sempre está presente, de modo que, se não é tratado com o cuidado devido, esse aspecto negativo acaba tomando forma.

Essas circunstâncias talvez fiquem mais claras com a análise da legislação portuguesa específica. Em Portugal foi editada sobre a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, cujo objeto está centrado no conceito de informação de saúde e de informação genética, circulação de informação e intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde, como também nas regras para a colheita e conservação de produtos biológicos para efeito de testes genéticos ou de investigação (art. 1º).

Na referida lei é feita a distinção entre informação médica e informação genética de um modo geral. A informação médica diz respeito ao processo clínico, sendo registrada pelo médico que acompanha o paciente (item 4, do art. 5º). A informação genética vai além, pois inclui aquelas que não tenham implicações imediatas para a saúde da pessoa (item 4, art. 6º). Isso quer dizer que a lei admite informações genéticas que não tem natureza médica, pois não seriam destinadas na prestação de cuidados ou tratamento de saúde (item, 3, art. 6º).

A utilização da informação genética nas relações trabalhistas, na seleção inclusive, não é autorizada, sendo desconsiderada a permissão dada pelo trabalhador, e essa situação resulta da condição de vulnerabilidade que ele incorpora quando busca o emprego e durante a vigência do contrato correspondente. Por isso que Roberto Camilo Leles Viana consignou sobre o dispositivo mencionado concernente ao consentimento para os testes genéticos que a lei afirma a irrelevância da permissão, desde que assentada no fato de que existe aí uma relação marcadamente assimétrica, sendo sempre questionável o consentimento devido à disparidade socioeconômica existente entre os sujeitos (VIANA, 2014, p. 57). Faz, por assim dizer, uma opção política, pois a par de uma discussão sobre a “autonomia da vontade” do trabalhador nas relações trabalhistas, torna o legislador português irrelevante o consentimento nas situações que envolvam o acesso as informações genéticas. Considera o trabalhador assim como equivalente ao absolutamente incapaz nessa situação, com o “*plus*” de que sequer pode agir em seu lugar eventual representante legal.

Na análise do consentimento livre e esclarecido, em qualquer campo de aplicação, são enumeradas diversas exceções. Maria Helena Diniz lembra que no campo médico surgem exceções ao dever de obtenção do consentimento livre e esclarecido, como no caso de: a) necessidade inadiável de prática médica de urgência, em razão do iminente perigo de vida; b) impossibilidade ante a emergência, séria e iminente, da situação e o perigo da demora, de obter o consenso do paciente ou de seus familiares; c) situação especial que leva o médico a dar informação sobre o estado clínico de seu paciente a seu representante legal, parente próximo, cônjuge, companheiro ou até mesmo juiz competente para obter o consenso para o exercício do ato médico; d) privilégio terapêutico – como sendo a possibilidade de o médico privar o paciente de certa informação quando constituir uma ameaça ao seu bem-estar ou um dano à sua saúde; e, e) renúncia ao direito de ser informado (2014, p. 473).

Por seu turno, Guy Durand, elenca o que denomina de exceções e atenuações do consentimento livre e esclarecido, como: o caso de urgência em que claramente não há possibilidade de informar; em algumas exceções previstas em lei, tais como a hospitalização obrigatória, o tratamento das doenças que têm de ser declaradas obrigatoriamente; o bem das comunidades e das coletividades também admite atenuações importantes do direito à autonomia e à

autodeterminação, exemplificando com as exigências da saúde pública, na pesquisa em epidemiologia e nas doenças genéticas, entre outras possíveis¹⁶.

No artigo 10.6 da Ley General de Sanidad nº 14/1986, de 25 de abril, da Espanha, Carlos María Romeo Casabona aponta que são encontradas três exceções ao direito de consentir, que seriam: a) quando a não-intervenção suponha um risco para a saúde pública; b) quando o paciente não esteja capacitado para tomar decisões; e c) quando concorram situações urgentes com risco vital ou de lesões irreversíveis para o paciente; e logo adverte que apenas a primeira hipótese importa mesmo exceção a autonomia do paciente¹⁷.

Em todas as exceções alinhadas a opção de romper com a necessidade do consentimento livre e esclarecido tem como foco à saúde do paciente numa relação médico-paciente ou as exigências de saúde pública. Em relação à saúde do paciente, revela a busca do seu bem-estar, e mesmo assim numa linha de que o ato médico é realizado num momento de crise, demonstrado pela situação emergencial ou de urgência. Apenas a hipótese de “renúncia ao direito de ser informado”, que está no campo do “não-saber” como direito do paciente, pode gerar outro tipo de consideração. De qualquer sorte, nenhuma delas tem aplicação nas relações de emprego.

A lei portuguesa afirma exceções no campo trabalhista como da existência de risco específico para o trabalhador com uma doença ou suscetibilidade, ou quando afetar a capacidade de desempenhar com segurança dada tarefa, mas sempre que atue em benefício dele, objetivando sua proteção, segurança, bem como dos demais trabalhadores que labutam naquele local de trabalho, sem que seja posto em discussão seu emprego, e após o consentimento livre e esclarecido seguido do aconselhamento genético, com o resultado dos testes genéticos entregues exclusivamente ao trabalhador; e na hipótese de riscos graves para a segurança ou saúde pública. Contudo, esses riscos além de graves, devem ser tidos como relevantes para a saúde atual do trabalhador, sendo selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente, e não pelo empregador.

Desse modo, mesmo nas exceções previstas pela legislação referida a informação genética não é dirigida ao empregador ou fica sob sua supervisão, numa demonstração de que o acesso as informações genéticas dos trabalhadores é excepcionalíssimo, somente é viabilizada no interesse do trabalhador ou da sociedade – risco grave para a segurança e saúde pública – mesmo assim baseada na condição de saúde atual do trabalhador e nunca sob o controle do empregador.

A legislação brasileira não explicita norma interna conformando o tema do consentimento livre e esclarecido nas relações trabalhistas. Consta no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº

16DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 193.

17CASABONA, Carlos María Romeo. **O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos**, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (coord). **Biociotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 164.

1931/2009, de 24 de setembro, com a retificação de 13 de outubro), preconiza que é vedado ao médico a realização de pesquisa com seres humanos e numa comunidade sem que antes estejam informados e esclarecidos sobre a natureza da investigação e suas consequências. Responsabiliza o médico, contudo, por deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, com a devida comunicação ao empregador.

No Brasil, assim, diferentemente de Portugal, não existe lei afirmando com tamanha contundência que a utilização das informações advindas de testes genéticos não é possível, nem com o consentimento do trabalhador, seja no momento da seleção, seja durante o curso do contrato de emprego. A Lei 9.029/95 faz menção ao problema da discriminação no âmbito laboral, para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, sem conduzir a uma definição sobre a questão genética. A única referência ocorre na letra “a”, inciso II, do artigo 2º, sobre a proibição de que sejam adotadas medidas, quaisquer, de iniciativa do empregador que possam induzir ou instigar à esterilização genética.

A vedação que existe é concernente a discriminação, conforme o texto constitucional, pois que ela, de qualquer forma, não é admitida, e assim, todo o instrumento que possa viabilizar tal consequência não deve ser considerado, como no caso do uso da informação genética, obtida através de testes genéticos, para o acesso ou manutenção de uma relação de emprego. Essa linha de raciocínio é considerada a partir da interpretação do artigo 3º, IV da Constituição Federal.

Como Francisco Vieira Lima Neto registrou, a fórmula “e quaisquer outras formas de discriminação” resulta numa cláusula geral, por sua natureza ampla e abstrata. A norma é uma moldura aberta ou norma vaga. A adoção dessa fórmula pelo legislador permite maior flexibilidade ao sistema jurídico. E essa técnica de legislar assim acaba por atribuir ao intérprete a incumbência de preencher a norma diante do caso concreto, desde que o conteúdo da norma não está previamente estabelecido, sendo atribuição do intérprete preencher a norma quando da análise do caso concreto (LIMA NETO, 2008, p. 100).

Os exames médicos admitidos no Brasil são aqueles previstos no artigo 168 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943), sendo fixada a obrigatoriedade deles na admissão, despedida, além de periodicamente, consistindo na investigação clínica sobre a aptidão física, mental e abreugrafia (relacionada com doenças pulmonares). Exames complementares podem ser realizados a critério do médico, mas sempre considerando pesquisar a capacidade física ou mental do candidato ou empregado para a função que deva exercer. Pelo que se percebe, apenas os exames médicos explicitamente determinados, inclusive no que se refere aos objetivos são possíveis.

Os testes genéticos pelas consequências, dentre elas a discriminação genética, pelo seu alcance, afeta os parentes, necessariamente, tem que ser expressamente disciplinados. No entanto, os testes genéticos não estão expressamente consignados, nem mesmo qualquer exceção. Resulta disso que no Brasil não há autorização legal para que seja pedida a realização de testes genéticos para acesso a informação genética do trabalhador por parte do empregador, ou daquele que está selecionando pessoas para um posto de trabalho, mesmo que proceda-se antes ao “consentimento livre e esclarecido”. Em outras palavras, no Brasil, ante a ausência de legislação expressa, nas relações trabalhistas: a) os testes genéticos para acesso as informações genéticas do trabalhador pelo empregador não são autorizados; b) o instituto do livre consentimento esclarecido não é aplicável.

Não fosse isso, a ausência de legislação expressa, ao lado da consideração de que a discriminação genética também não é tolerada pelo nosso sistema jurídico, a condição de vulnerabilidade do trabalhador no âmbito laboral, como demonstra a limitação da autonomia da vontade, o poder diretivo do empregador e, enfim, o norte implementado pelo direito do trabalho como conjunto de regras de proteção ao trabalhador, como verificado em tópicos anteriores, sugerem que o consentimento não é relevante para autorizar o uso dos testes genéticos e a partir daí o acesso as informações genéticas do trabalhador pelo empregador, desde que não pode ser considerado em qualquer da hipótese no campo trabalhista.

Roberto Camilo Leles Viana aponta várias razões que não permitem o acesso pelo empregador das informações genéticas do trabalhador, como: a) caráter probabilístico das predisposições genéticas; b) direito à intimidade genética; c) direito de não saber; d) direito à mentira; e) o direito do trabalho; e, f) a discriminação genética (VIANA, 2014, p. 42-48 e 85-99).

Nessas relações entre as razões que não permitem o acesso as informações genéticas do trabalhador e aquelas que autorizam um dos aspectos que mais chamam à atenção é o caráter probabilístico das predisposições genéticas e a questão da discriminação genética.

Com caráter probabilístico das predisposições genéticas deve ser entendido que não se sabe se a doença vai se manifestar – e se for, quando. Isso ocorre considerando inclusive as doenças monogênicas, pois mesmo para aqueles que firmem como “quase certeza” (VIANA, 2014, p. 32) de que a doença irá se manifestar, esse “quase” não pode ser equivalente a certeza absoluta. Revela-se, então, como uma incógnita a manifestação da doença por defeito no gene, a sugerir a possibilidade do indivíduo sofrer consequências por algo que não vai acontecer. Ademais, o que parece relevante, pois assim é tratado na legislação portuguesa mencionada, é o estado de saúde atual do trabalhador, e não o que pode ocorrer num futuro, que não se sabe quando.

9. Conclusões.

Os avanços científicos causam repercussões nas diversas áreas do conhecimento, e não foi diferente com o Projeto Genoma Humano (PGH). Com ele, a preocupação com a pessoa em razão das mais variadas possibilidades de aplicação do conhecimento genético gerou a renovação da bioética, desdobramentos nos direitos da personalidade e a necessidade de que as ações decorrentes fossem reguladas, atraindo para o meio das discussões o direito.

Uma das questões significativas é o acesso as informações genéticas, que no campo das relações médico-paciente e tendo como causa a saúde do paciente e as pesquisas científicas, somente pode acontecer a partir do consentimento livre e esclarecido, seja do paciente, seja do seu representante legal ou dos seus familiares, admitindo-se exceções. A aplicação do instituto do consentimento livre e esclarecido objetiva permitir que o paciente tenha efetivo conhecimento sobre os procedimentos médicos e evitar que vire mero objeto, em homenagem à sua dignidade.

O consentimento livre e esclarecido não é instituto exclusivo das relações médico-paciente, pois com o conhecimento adquirido a partir do Projeto Genoma Humano (PGH), ele passou a ter aplicação noutros campos, como nas relações trabalhistas, como demonstra a Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, de Portugal. A referida lei permite a aplicação do instituto em situações específicas, como de grave risco a segurança e a saúde do trabalhador, tratando-os como exceções a regra de ser irrelevante o consentimento livre e esclarecido.

O caráter excepcionalíssimo de aplicação do consentimento livre e esclarecido no campo das relações trabalhistas é justificada pela possibilidade de discriminação baseada em traço genético. No Brasil, a discriminação de um modo geral é vedada, seja qual for o traço diferencial, de forma que todas as hipóteses que conduzam a possibilidade de que ocorra deve ser reprimida. É assim com a possibilidade de acesso as informações genéticas do trabalhador através de testes genéticos. É preciso considerar que a revelação das informações genéticas não afeta o indivíduo que forneceu somente, mas avança em relação aos seus parênteses. Implica, então, que pode levar a discriminação genética do indivíduo que forneceu, como também de seus familiares e a respeito de uma probabilidade da doença em razão do defeito do gene se manifestar.

Não obstante isso, trilha nessa direção o complexo de normas que importa na restrição à autonomia da vontade do trabalhador em virtude da natureza da relação desenvolvida, considerando a incômoda condição econômica frente ao potencial empregador ou empregador efetivo, assimétrica, em que o trabalhador está em situação de vulnerabilidade, levando o Estado a agir intervindo, tornando realidade o princípio da proteção que é dirigida ao trabalhador e norteia a legislação brasileira.

A propósito, o trabalho é direito fundamental, desde que firmado positivamente na Constituição Federal. O Texto Constitucional no Brasil é pródigo ao alinhar o prestígio do

trabalho, como no art. 1º, inciso IV, e *caput* do art. 170, firmando inclusive como um dos fundamentos da República Federativa a valorização social do trabalho. Mas não qualquer trabalho, somente aquele que é tido como trabalho digno, pois que impregnado da dignidade da pessoa humana, sendo ela intrínseca a cada ser humano, a implicar a existência necessária de uma série de deveres e direitos denominados de fundamentais – entre eles o trabalho –, agindo a dignidade como valor e princípio, cujo seu conteúdo jurídico importa na necessidade de concretização dos direitos fundamentais revelados. O trabalho digno age na composição da identidade social da pessoa, assim como as informações genéticas atuam na revelação da identidade genética, integrando o gênero que é a identidade pessoal. Assim, a invasão, a desconsideração e o desrespeito firmam grave ofensa aos direitos da personalidade, entre eles a intimidade e privacidade.

É por isso que o acesso as informações genéticas, mediante testes genéticos, e o seu armazenamento em banco de dados merece toda atenção do legislador, o que está demonstrado pelas várias normas internacionais e de outros países como Portugal existentes a tratar do tema.

Os testes genéticos são viabilizados a partir do consentimento livre e esclarecido, tornando-se de importância significativa as considerações sobre o instituto. Ele decorre do princípio da boa-fé objetiva e aparece como normas de condutas secundárias, pois não estão relacionadas diretamente com a prestação objeto da relação jurídica.

As normas internacionais tratam o instituto sob a ótica da relação médico-paciente e o mesmo ocorre no Brasil. A legislação trabalhista brasileira não trata do instituto do consentimento livre e esclarecido, pois estabelece apenas que os exames médicos admissional, periódicos e demissional estão ligados a investigação sobre a capacidade física ou mental do candidato ou empregado para a função que deva exercer. Por ser situação excepcional – a permissão de acesso a informação genética do trabalhador – somente mediante lei expressa pode ser possível, mesmo assim levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção, o direito fundamental ao trabalho digno, a identidade pessoal e os direitos da personalidade, privacidade e intimidade.

Nisso resulta que no Brasil, ante a ausência de legislação expressa, nas relações trabalhistas: a) os testes genéticos para acesso as informações genéticas do trabalhador pelo empregador não são autorizados; b) o instituto do livre consentimento esclarecido não é aplicável.

REFERÊNCIAS.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993;

_____. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003;

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, **Direitos da personalidade do trabalhador e o poder empregatício**, São Paulo: Ltr, 2013;

BARBOZA, Heloísa Helena. **Proteção jurídica do embrião humano**, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (coord). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico ...**, in LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013;

BRASIL. Lei nº 12.654/2012, de 28 de maio. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 19 de mar. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452/1943, de 1 de maio. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos_leis/1943-005452-clt/clt168a169.htm>. Acesso em: 24 mar. De 2014;

BRASIL. Resolução CFM nº 1931/2009, de 24 de setembro. Disponível em: <www.cremego.cfm.org.br/index.php?ption=com_content&view=article&id+21000&Itemid+474>. Acesso em: 24 mar. 2014;

BRASIL. Código de Ética do Advogado. Disponível em: <www.oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 11 abril 2014.

BRASIL. Convenção 111 da OIT, 5 de junho de 1958. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm>. Acesso em: 9 abril 2014;

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de, **Discriminação no trabalho**, São Paulo: Ltr, 2002;

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo, Cultrix, 2005;

CASABONA, Carlos María Romeo. **O direito biomédico e a bioética**, in CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliana Fernandes (coord). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005;

_____. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCrim, 1999;

COELHO, Luciano Augusto de Toledo, **Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho**, São Paulo: Ltr, 2008;

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil, vol I**. Rio de Janeiro: Editora Rio, s/d;

DAMIÃO JUNIOR, Ricardo Ferreira. **Material genético humano: aspectos jurídicos sobre a sua disponibilização**. Curitiba: Juruá, 2010;

D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. **Os direitos fundamentais como limites aos (ab)usos do Projeto Genoma Humano**, In: IACOMINI, Vanessa (coord). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013;

DEL NERO, Patrícia Aurélio. **O projeto genoma humano (PGH): os desafios para o direito**, In: IACOMINI, Vanessa (coord). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013;

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. Saraiva: São Paulo, 9ª ed., 2014;

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2003;

ECTERHOFF, Gisele. **Direitos à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010;

ESPAÑA. Lei n. 14/1986, de 25 de abril. Disponível em <http://www.uileon.es/ficheros/servicios/prevencion/lev14_1986>. Acesso em: 7 mar. 2014.

FERRARA, Francesco. **Tratato di diritto civile italiano, vol. I**. Roma: Athenaeum, 1921;

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. **Banco de amostras biológicas humanas (biobancos) e a realidade normativa brasileira**, in IACOMINI, Vanessa (coord). **Biodireito e o genoma humano**. Curitiba: Juruá, 2013;

FURKEL, Françoise. **A bioética de alguns aspectos essenciais na República Federal da Alemanha**, in LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direito da Personalidade**, Curitiba: Juruá, 2008;

_____. **Identificación genética, discriminación y criminalidad**. Curitiba: Juruá, 2012;

IACOMINI, Vanessa. **Biodireito e o combate à biopirataria**. Curitiba: Juruá, 2009;

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2009;

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Ética, mapeamento de DNA e discriminação genética: novos desafios da pós-modernidade**, in LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. **Obtenção de DNA para exame: direitos humanos versus exercício da jurisdição**, in LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **DNA como meio de prova de filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

_____. **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008;

LISBOA, Roberto Senise, **Manual de direito civil, vol. 3, 6ª ed.**, São Paulo: Saraiva, 2012;

LÔBO, Paulo, **Contratos**, São Paulo: Saraiva, 2012;

MARIO DA SILVA PEREIRA, Caio. **Instituições de direito civil, vol. III.** Forense: Rio de Janeiro, 17ª ed., 2013;

MARTINEZ, Luciano, **Curso de direito do trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2010;

MATTE, Ursula; GOLDIM, José Roberto. **Bancos de DNA: considerações éticas sobre o armazenamento de material genético.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/bancodn.htm>. Acesso em: 19 de mar. 2014;

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do Trabalho.** 1ª ed., São Paulo: Ltr, 2012;

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **Manipulação genética humana: esperança, inquietude e limites**, in IACOMINI, Vanessa (coord). **Biodireito e o genoma humano.** Curitiba: Juruá, 2013;

MYSZCZUK, Ana Paula. **Genoma Humano: limites jurídicos à sua manipulação**, 2006, Curitiba: Juruá, 2006;

_____ ; MEIRELLES, Jussara Maria de Leal de. **Testes genéticos. Eugenia e contrato do trabalho: Análise à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do genoma humano e da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais .../1964.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais.../1964.pdf)>. Acesso em: 4 abril 2014;

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Proteção à intimidade do empregado.** São Paulo: Ltr, 2ª ed., 2009;

NICOLÁS-JIMÉNEZ, Pilar. **La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal.** Bilbao: Camares, 2006;

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica do trabalhador.** São Paulo: Ltr, 2ª ed., 1998;

OLIVEIRA, Simone Born de. **Da Bioética ao Direito: Manipulação genética e dignidade humana**, 2002, Curitiba: Juruá;

OPTIZ, John M. O que é normal considerado no contexto da genetização da civilização ocidental? **Bioética.** Brasília, v. 5, n. 2, 1997;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1997;

PEREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação do contrato.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

PORTAL UNESCO. Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php-url_id+10240&url_do+do_topic&url_section+201.html>. Acesso em: 9 abril 2014;

PORTUGAL. Lei n. 12/2005. Disponível em <<http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/Lei12-2005.pdf>> Acesso em: 7 mar. 2014;

RODRIGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. **Genoma Humano y constitución**. Madri: Civitas, 2002;

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda. **Igualdad y discriminación**. Madrid; Tecnos, 1986;

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Tratado de direito material do trabalho**, São Paulo, Ltr, 2007;

ROSSAL DE ARAÚJO, Francisco. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: Ltr, 1996;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012;

SIQUEIRA, José Eduardo de. **Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas**, in SIQUEIRA, José Eduardo de (org.). **Ética, ciência e responsabilidade**, São Paulo: Edições Loyola, 2005;

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz, **A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato**. São Paulo: Ltr, 2008;

VIANA, Roberto Camilo Leles. **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: Ltr, 2014;

WILKIE, Tom. **Projeto Genoma Humano: um conhecimento perigoso**. Rio de Janeiro; J. Zahar, 1994;

XAVIER, Elton Dias. **A identidade genética do ser humano como um Biodireito**, in LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). **Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.