UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

Marcelo Pinto da Silva

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DE EMPREGO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Salvador

2011

MARCELO PINTO DA SILVA

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DE EMPREGO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial necessário à obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração Direito Privado e Econômico, na linha de pesquisa de aspectos jurídicos da biotecnologia, sob orientação da Professora Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Salvador
Março de 2011.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO PINTO DA SILVA

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E DE EMPREGO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial necessário à obtenção do título de Mestre em Direito submetida à aprovação da seguinte banca examinadora.

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA_____

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1980) e em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador (1980). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2000) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Atualmente é Juíza Federal da Seção Judiciária da Bahia com diversas convocações para atuar no Tribunal Regional Federal da 1ª Região e professora adjunto III da Universidade Federal da Bahia, na qual coordena o Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Biodireito.

MARIA AUXILIADORA MINAHIM _____

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1971), Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1979), Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1998) e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005). Atualmente é Professora Associada da Universidade Federal da Bahia e membro do Conselho de Penitenciário da Bahia. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

Penal, atuando principalmente nos temas: direito penal, bioética, dirieto da criança e do adolescente.

RENAN LOTUFO

Mestre e Doutor pela PUC/SP, professor desta mesma Instituição desde 1974. Desde 1996, acumula aulas na Pós-Graduação, sendo responsável pela cadeira de Direito Civil. Sócio fundador do escritório Renan Lotufo Advogados Associados, é advogado desde 1964. Foi nomeado em 1980, para a Magistratura Paulista, pelo critério do Quinto Constitucional (CF, art. 94). Foi Vice Presidente e depois Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (biênio 1984-1985), foi promovido a Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1985), aposentando-se em 1995.

Salvador, 06/05/2011

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

À minha esposa Cristiane, pelo nosso amor, por seu companheirismo, espírito colaborador e compreensão e, ao meu filho Felipe, fonte de toda minha inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço precipuamente a Deus, que me tem abençoado todos os dias.

Além de dedicar esta obra à minha esposa e ao meu filho, não poderia também deixar de agradecer-lhes e me desculpar pela privação de vários dias e noites de nosso convívio, sem que nenhuma vez sequer tivessem se queixado, mas ao contrário, contribuíram com amor incondicional, enchendo minha vida de carinho nas horas mínimas em que ficávamos juntos. Obrigado!

É indubitável o agradecimento aos meus pais, Francisco e Maria das Dores que concederam os pilares do meu caráter e da minha formação, sendo mais que incentivadores dos meus estudos, foram verdadeiros heróis.

Agradeço ao meu irmão Ricardo, por ter sido meus braços (direito e esquerdo) nas atividades profissionais, deixadas parcialmente *a latere* para bem cumprir os créditos necessários ao mestrado, além do companheirismo sempre demonstrado, assim como a Valéria minha fiel escudeira, secretária, estagiária e amiga.

Rendo meus agradecimentos aos meus sócios e amigos Marcus Vinícius Mello, Roberto Carlos Lima, Adriano Basto, Luciene Valéria Dantas, Heloisa e Adail, por toda colaboração irrestrita, cada um abraçando meu projeto como se seu o fosse, e agradeço, especialmente, a Jorge Souza por todo apoio e comentários, em meu humilde entender, demasiadamente elogiosos, que me impulsionaram a nunca desistir, ao nobre amigo minhas reverências.

Agradeço às minhas coordenadoras Arlinda Paranhos e Jerusa Arruda pela confiança, bem como a todos os profissionais e professores da FAMEC e da FASETE (em especial, a Amin, Emanuel, Jacinto, Lucio, Maria Krois, Risete, Socorro e Sávio, com os quais convivi e venho convivendo em verdadeiro *big brother*, aprendendo muito sobre a academia e a vida.

Em igual sentido a todos os profissionais do CRTR (Ana, Geovana, Neila e meu Presidente Melquisedec) com os quais tenho a honra de trabalhar, em especial também aos membros da Comissão Nacional de Assuntos Jurídicos do CONTER, Dr. Scarduelli, Dr. Lavratti, Dra. Katia Vieira e Dr. Rodolfo Halzeman, vossos ensinamentos me mostraram como é bom atuar em equipe e ao mesmo tempo ser amigo daqueles que podem nos fazer melhor do que somos, agradecendo, assim a Presidenta Valdelice pela confiança e oportunidade impar.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

Sou eternamente grato a minha professora e orientadora Dra. Mônica Aguiar por ter acreditado em meu projeto, pela paciência, pelo empenho, pela disponibilidade, dedicação e, sobretudo, pelo exemplo de vida acadêmica a ser seguido.

Reverencio meus inesquecíveis mestres Dr. Rodolfo Pamplona, Dr. Ricardo Maurício, Dr. Nelson Cerqueira, Dr. Manoel Jorge, Dr. Saulo Casali, Msc. Pablo Stolze e Dra. Minahin, pois posso afirmar que a convivência com vocês me fez vivenciar a angustia de Heiddeger e hoje, certamente, sei que nada sei, adotando como filosofia de vida a máxima socratiana. Resta então dizer-lhes muito obrigado, por terem me oportunizado a saída da segura ilha da ignorância, através do kantiano oceano tempestuoso da busca do conhecimento.

A todos os funcionários da Pós-Graduação da UFBA, em especial a Jovino e a Luiza, minha gratidão por toda carinhosa e paciente assessoria prestada.

Aos meus colegas bioéticos, querida Ivana, Jayla, Laura, Reinaldo e Tatiane, meus agradecimentos pela amizade que criamos neste curto lapso temporal e pelas impagáveis ajudas nas buscas dos livros e artigos necessários ao bom desenvolvimento do curso. Assim como a Alexandre Setubal pelos proveitosos diálogos sócio-filosóficos, a Rosângela (Rosa) e por fim a Gilson por todo apoio moral e cibernético.

Não menos importante, pelo contrário, meus sinceros agradecimentos aos meus cunhados Marcos Paulo, Marcelo Henrique e Ricardo Alexandre e ao meu sogro Gerson, por todo carinho com que me recepcionaram nesta família, e a Rosa Mary e a tio Wilson (em memória), por terem sido exemplos de vida que me inspira, conto com suas preces.

Aos meus irmãos Roberto, Fernando, Wilton e Simone, assim como as minhas tias Gilda e Antônia. Saibam que os trago, todos, no meu lado esquerdo do peito.

A Rita Lopez por todas as vezes que me salvou buscando Lipe na escola e pela amizade sincera que nos tornou comprades. A Rafael e a Marise pela nova e sincera amizade que nos propiciou momentos de muitas alegrias.

Aos meus amigos Roberval e Edvaldo, por todo apoio incondicionado que me deram neste período, sendo por diversas vezes companheiros de viagens a Camaçari e Paulo Afonso, que permitiram aumentar meu tempo de estudo.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

A Totonho e a Eva por acreditarem no meu projeto, ser-lhes-ei eternamente grato. Vocês foram essenciais para conclusão deste sonho.

A todos vocês e a todos aqueles não mencionados expressamente por um lapso da minha falha memória, meus sinceros e humildes agradecimentos.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

O Sonho da igualdade só cresce no terreno do respeito pelas diferenças.

(Augusto Cury)

O que vocês desejam que os outros lhe façam, também vocês devem fazer a eles.

(Lucas, 6:31)

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

RESUMO

Esta dissertação foi elaborada por meio de pesquisa bibliográfica e aborda aspectos atinentes à espécie de responsabilização civil pela violação ao direito à intimidade genética nas relações de consumo e de emprego. Através de interpretação extensiva do direito à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal do Brasil de 1988, com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, justifica-se e fundamenta-se o direito à intimidade genética, que somente se tornou visível em razão dos avanços tecnológicos, em especial no campo da medicina e da genética. Trabalha-se dentro de um paradigma de transição: da forma positivista de encarar o direito para a pós-positivista, na qual o direito é flexível, permeável aos valores, a ética e a noção de justiça, concedendo guarida especial aos princípios na normatividade jurídica, fugindo, pois, do reducionismo do direito à lei. O uso da informação genética de forma indevida constitui prática discriminatória, seja nas relações de emprego, seja nas relações de consumo, ainda que na fase pré-contratual. Desapega-se, assim, da natureza individualista do direito à intimidade genética para investigá-lo por meio de um olhar macrobioético, sob o prisma da exclusão e da marginalização, que a sua violação pode produzir, em especial nos países periféricos como no Brasil. É importante buscar formas de responsabilização que inibam a prática indevida de acesso à informação genética para fins incompatíveis com os direitos humanos e que, ao mesmo tempo, assegurem a devida reparação às vítimas. É imperioso discutir, portanto, qual o fundamento do dever de indenizar que melhor se coaduna com a vulnerabilidade, característica iminente em um dos pólos dos contratos de emprego e de consumo: a culpa, o risco, a dignidade humana ou a própria vulnerabilidade no seu viés princípio. Por fim, podemos afirmar que a intimidade genética constitui direito da personalidade, o qual uma vez lesionado implicará em dano moral *in re ipsa*, sem prejuízo do dano material mensurado, podendo, ambas as espécies dos danos atingirem a terceiros por via reflexa.

PALAVRAS CHAVES: direito; positivismo; pós-positivismo; princípios; intimidade; genética, vulnerabilidade, emprego, consumo, responsabilidade, civil, objetiva, dano, material, moral, reflexo.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

ABSTRACT

This dissertation was elaborated by bibliographic research and deals with pertaining aspects to the kind of civil accountability by violation to the right of genetic privacy in expenditure and work relationship. Through extensive interpretation of the right to privacy, fixed on article 5th, item X, of the Federal Constitution of Brazil of 1988, corroborated by the human dignity principle, that only became visible because of the technological advances, specially in Medicine and Genetics fields. It is worked inside a transition paradigm: the positivist way of facing the Law to the post-positivist, in which the Law is flexible, permeable to the values, the ethics and the notion of justice, granting special den to the principles in the legal normativity, scaping, thus, the reductionism of the right to the Law. The use of genetic information in an undue way constitutes discriminatory practice, be it in the work or expenditure relationships, even in the pre-contractual fase. It is detached, thus, of the individualist nature of the Law of the right of genetic privacy to invastigate it through a macro-bio-ethic point of view, under the prisma of exclusion and marginalization, that its violation may produce, specially in peripheric countries as in Brazil. It is important to find accountability ways that inhibits the undue pratice of access to genetic information to incompatible ends with the human rights and that, at the same time, ensure the due reparation to the victims. It is imperious to discuss, therefore, what is the ground of the duty to compensate that is best consistent with the vulnerability, imminent characteristic in one of the poles of the work and expenditure contracts: the guilt, the risk, the human dignity or the vulnerability itself, in its bias principle. As an end, we can affirm that the genetic privacy constitutes personality right, which, once violated, would imply in moral damage *in re ipsa*, without harm to the moral damage measured, may, both kinds of damage, reach a third party by reflex.

KEY-WORDS: law, positivism, post-positivism, principles, privacy, genetic, vulnerability, job, expenditure, responsibility, civil, objective, damage, moral, reflex.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....

1 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO.....

1 Positivismo jurídico e o projeto da modernidade.....
7

2 Declínio do projeto da modernidade.....
2

Emergência de um novo paradigma: o estágio principiológico.....
3

2 **BIOÉTICA E VULNERABILIDADE**.....

Bioética e principialismo.....

Contexto histórico do nascimento da bioética..... **9**

Bioética e Biotecnologia: uma distinção necessária.....

Bioética principialista..... 9

Vulnerabilidade: para além da bioética principialista.....

Dimensões da vulnerabilidade..... 9

DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA......

Direito à intimidade: delimitação conceitual.....
5

Direito à intimidade genética.....
9

Uma visão macrobioética do direito à intimidade genética.....

Possibilidades de conflitos com o direito à pesquisa..... 9

O direito à intimidade genética nos Estados Unidos e na Europa.....

VULNERABILIDADE E DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA.....

Determinismo genético.....

Contratos de Seguro Saúde (Planos de Saúde)..... 9

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Contratos de Emprego..... 9

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE.....

Contexto principiológico: sua influência na legislação infraconstitucional.... 7

Evolução histórica da responsabilidade civil no Brasil: breves reflexões..... 8

Responsabilidade civil objetiva pela violação à intimidade genética.....
Teoria do risco, dignidade da pessoa humana e vulnerabilidade..... 4
Relações de consumo.....
Relações de emprego..... 4
Responsabilidade objetiva do Estado.....
Responsabilidade objetiva do hospital e subjetiva do médico..... 03

Do dano moral *in res ipsa* pela violação à intimidade genética.....
Do dano moral *in ricochet* pela violação à intimidade genética..... 27

CONCLUSÕES.....
LISTA DE ABREVIATURAS..... **41**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... **50**

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

INTRODUÇÃO

O direito à intimidade genética pode ser concebido como uma nova manifestação do direito à intimidade em razão dos avanços da ciência, em especial no campo da genética. É extremamente pertinente, pois, a pontuação de Bobbio, segundo o qual os direitos não nascem de uma única vez, mas ao contrário, acompanham o progresso técnico e por vezes podem criar novas ameaças aos indivíduos [1], o que ocorre, exatamente, com o direito a intimidade genética que se torna possível a partir da possibilidade de acesso ao genoma humano.

Esta dissertação tem por objetivo geral demonstrar que a justificação e efetivação do direito à intimidade genética, no Brasil, poderão evitar situações discriminatórias nas relações de trabalho e nas relações de consumo, onde o princípio da vulnerabilidade se manifesta de forma muito forte.

Especificamente se objetiva sustentar que a presença da vulnerabilidade, nas relações mencionadas, fundamenta uma nova visão da responsabilidade civil, desapegando-se da noção de culpa e inclinando-se para teoria do risco proveito e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de focar o olhar para a vítima, de modo a facilitar a efetiva reparação do dano e diminuir o número de pessoas não ressarcidas. Para tanto, propugnar-se-á pela quebra das amarras alopoiéticas da economia de mercado, na qual o direito se ateve nos últimos dois séculos.

Assim, inicialmente verificaremos como a lógica do capital exigia um modo de pensar o direito, de forma tal, que se limitasse o poder do soberano e diminuísse a interferência do Estado nas relações privadas, através de um sistema reducionista, limitando o direito à letra fria da lei. Por meio de pesquisa bibliográfica, analisaremos como o ideário moderno, aveludado da racionalidade, promoveu a segurança jurídica através do chamado positivismo jurídico, o qual serviu de alicerce para o desenvolvimento do projeto capitalístico burguês.

Esta análise da relação entre direito e capital se justifica pelo fato de que, no século XX, a quase total internacionalização da economia, popularmente conhecida como globalização econômica, intimamente ligada ao processo de informatização, possibilitou uma maior agilidade nas operações financeiras e em diversos tipos de

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[1] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 63.

investimentos; entre eles, o da pesquisa científica, em especial no campo da medicina e da genética, gerando novas possibilidades de danos.

A presente pesquisa se justifica, pois, inegavelmente, o "mundo moderno" trouxe uma série de benefícios ao ser humano, principalmente possibilidades de prolongamento da vida e redução do uso da força física nas atividades em geral, o que popularmente se denomina conforto. Todavia, estes e outros benefícios foram concedidos ao custo de um processo de esvaziamento do sentido de ser humano.

O ser humano deixou de ser visto como tal e passou a ser tratado como um número de uma estatística, que define as estratégias políticas, econômicas e sociais.

O "progresso" material da sociedade moderna e o racionalismo do Ocidente provocaram a diminuição da noção de ética, transformando os indivíduos em seres cada vez mais egoístas, direcionados ao ganho econômico.

Como aponta Ricardo Maurício, a humanidade se converteu em mero receptáculo de estratégias de produção, enquanto força de trabalho (alienação); técnicas de consumo, enquanto consumidores (coisificação); e de mecanismo de dominação política, enquanto cidadãos da democracia de massa (massificação). Alienação, coisificação e a massificação se tornaram patologias de uma modernidade em colapso[2].

A nova realidade faz surgir uma sociedade de risco e com igual vigor um sentimento de insegurança, o qual é provocado pelas próprias inovações produzidas, especialmente na medicina e na genética[3].

A manipulação do material genético[4] dos organismos vivos justifica o temor de uma tecnologia que se desumanize e crie homúnculos[5], por se tratar de uma reação natural do ser humano em evitar o desconhecido, de certa forma associado à morte.

É perfeitamente pertinente, pois falar de direito à intimidade genética, porque é visível como toda inovação sempre sofre com a inércia social, pois em regra a sociedade, inicialmente, atual contra uma novidade, por [illegible] considerá-la

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[2] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.10.

[i] Ibidem, p.24.

[4] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007, p.24.

[5] MINAHIN, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005, p.26.

intranqüilizadora e perturbadora da tradicional acomodação coletiva[6]. Ocorre que determinadas inovações extrapolam os limites da razoabilidade e constituem, de fato, um risco, por abrirem campo à violação de direitos humanos, cuja "fundamentalidade" representa uma conquista histórica da humanidade e, por isso, não podem ser desprezados ou minimizados em virtude do processo científico[7].

Em verdade, os avanços tecnológicos foram significativos no campo da genética.[8] Conseguiu-se obter a codificação do genoma humano, algo impensado até algumas décadas atrás, constituindo-se em um verdadeiro e novo marco de referência para o estudo dos direitos da personalidade[9] em razão da dúvida que fez surgir: qual o destino da humanidade frente às técnicas de manipulação do genoma humano?

Trata-se do medo de destruição da espécie, reflexo do temor de perda da identidade[10]. Cria-se e amplia-se a vulnerabilidade do ser humano, permitindo o conhecimento por terceiros de sua singularidade genética, o que pode acarretar uma invasão na vida privada das pessoas[11], gerando possibilidades discriminatórias em razão de interesses meramente econômicos, nas relações de consumo e de trabalho, por exemplo.

Esta possibilidade de manipulação de genes[12] interfere diretamente em diversas questões econômicas, jurídicas, políticas, sociais e ambientais, por conseguinte, na própria vida do ser humano.

Por outro ângulo, há de indagar-se se a possibilidade de extirpação de diversas doenças (direito à saúde) fomentada pelo direito à liberdade de pesquisa, juntos constituem uma possibilidade de quebra do sigilo genético.

Inicialmente, parece ser inaceitável que critérios, eminentemente, econômicos possam prevalecer sobre o direito à intimidade genética, posto que o

---

[6] MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva,1987, p.141.

[7] Nesse sentido a declaração 3348 da ONU, em 1975, determinou aos Estados que tomassem medidas para proteger a população dos efeitos do mau uso dos avanços tecnológicos e científicos.

[8] PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identificação Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

[9] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.19.

[10] MINAHIN, op.cit, p.25.

[11] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.19.

[12] Os genes são pedaços da molécula de DNA. É no *DNA*, mais precisamente, nos *genes*, que está "guardado" o segredo da vida das plantas, dos animais e dos seres humanos.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

homem não deve ser protegido em seu patrimônio[13], apenas, mas principalmente em sua essência[14]. O problema surge, então, quando essa proteção inviabiliza o avanço da ciência e o desenvolvimento econômico provocando retração da geração de emprego e renda.

É importante ainda lembrar que as práticas de neo-eugenia podem, de fato, possibilitar extirpação de doenças, como também podem se camuflar em promessas de curas, ou ainda, na não transmissibilidade de doenças hereditárias, que, poderiam ser diminuídas ou eliminadas paulatinamente do genoma humano. Entretanto, podem tais argumentos serem usados para ocultar a face danosa destas práticas: violação a direitos humanos com fins econômicos.

De fato, a partir do século XVIII, iniciou-se um processo de endeusamento das ciências ditas naturais, com fundamento na busca da ordem e do progresso, culminado no final do século XX com um salto gigantesco em razão da velocidade com que a informação passou a circular.

Ocorre que, inesperada e contraditoriamente, a velocidade da informação, trazida pela rede mundial de computadores, internet, como dito, fruto, também, do processo de materialização, contribuiu para o afastamento do pensamento iluminista do conhecimento absoluto da verdade proporcionado pelas ciências[15].

Abriu-se então o caminho para a noção de transitoriedade e superabilidade do conhecimento científico. Uma busca constante pela novidade, pela superação do antigo e pela substituição do determinismo pelo conjuntural, o que contribuiu para o surgimento de um novo paradigma do direito, o pós-positivista, que ante a pujança da retomada aos princípios, também se denomina estágio principiológico.

O direto retoma a aproximação à ética, aos princípios e à noção de justiça, esvaziados pela modernidade, abrindo margem ao surgimento de novos direitos que não estejam literalmente expressos, mas também os implícitos e baseados em normas programáticas.

Esta nova concepção de direito se tornou quase que imperiosa ante a conjuntura criada pela sociedade de riscos, a qual abriu leque significativo para

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[13] Os autores se referem a patrimônio material e imaterial, todavia não abraçando a noção de patrimônio genético, neste particular.

[14] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v.1: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.143.

[15] MINAHIN, op.cit, p.23.

provocação de danos, em especial o dano moral decorrente da violação de direitos da personalidade dos indivíduos.

O alargamento exponencial dos danos tornou ultrapassada a noção de culpa como elemento essencial da responsabilização. Assim, esta dissertação realiza um corte axiológico para analisar a questão da responsabilização civil no caso de violação à intimidade genética, principalmente quanto à espécie subjetiva ou objetiva.

Busca-se um novo fundamento para justificar a responsabilização objetiva, que melhor atende aos interesses da vítima e à mitigação da propagação dos danos, que não se assente em casuísmo legal, na instabilidade da teoria do risco, ou no conceito genérico de dignidade de pessoa humana.

As questões de ordem econômica são significantemente agentes fomentadores de conflitos em diversas partes do planeta. A desigualdade social não foi abolida pelo projeto da modernidade, mas, ao contrário, potencializou-se tornando vulneráveis consumidores e empregados.

Esta dissertação investigará se os avanços tecnológicos no campo da medicina e da genética podem funcionar como combustível para uma onda de discriminação, potencializando as diferenças entre os seres humanos, desta feita não pela condição social ou pela religião, mas pelo gene.

A pesquisa delimitar-se-á às relações de consumo e de emprego em razão da vulnerabilidade em que se encontra uma das partes nestes contratos, de modo que cumpre trabalhar os sentidos da vulnerabilidade, como condição, como princípio e como característica.

Dentro deste novo contexto, burilar-se-á se ainda subsistem os fundamentos da responsabilização civil tal qual os concebemos nos últimos dois séculos, ou se há espaço para uma nova leitura fundada na efetiva preocupação com a reparação do dano. É um olhar voltado para vítima, especialmente quando esta se expõe aos perigos que potencializam o dano, com relativa limitação da autonomia. Esta limitação decorre da vulnerabilidade que lhes é característica, principalmente nas relações de consumo e emprego, agravada quando a singularidade genética passa a ser critério a ser observado nestes contratos.

Logo, a vulnerabilidade como princípio bioético-jurídico pode justificar a responsabilização civil objetiva em razão da vulnerabilidade característica dos consumidores e empregados, o que constitui a hipótese desta pesquisa.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Igualmente relevantes são os aspectos decorrentes da responsabilização civil pela violação à intimidade genética, tais como: as espécies de dano e a certeza de sua ocorrência, principalmente quando relacionadas a terceiros, cuja possibilidade de sofrê-los por via reflexa será objeto de nosso estudo.

Portanto, a questão da responsabilização civil por violação à intimidade genética indica ser tema de grande atualidade e de significativa importância para os estudiosos, pois denota como o direito é dinâmico, especialmente dentro do pensamento da doutrina e da jurisprudência contemporânea, motivos pelos quais me disponho a estudar e convidar a repensar os fundamentos desta responsabilização, a luz da vulnerabilidade dos consumidores e dos empregados.

1 DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVIMO.

1.1 - Positivismo jurídico e o projeto da modernidade.

O positivismo jurídico nasceu quando a noção de direito posto passou a confundir-se, irrefutavelmente, com a noção de direito. Neste mesmo sentido, Ricardo Maurício afirma que o positivismo jurídico é uma doutrina segundo a qual não existe outro direito, senão o direito posto, manifestado concretamente através das fontes normativas do direito[16].

É imperiosos compreender o alerta de Bobbio, segundo o qual, a expressão "positivismo jurídico" não advém de "positivismo" em sentido filosófico, malgrado alguns positivistas jurídicos tenham sido também positivistas em sentido filosófico. A origem do positivismo jurído estaria no início do século XIX e decorreu da noção de direito positivo como uma noção contrária ao direito natural, dicotomia que dominou todo o pensamento jurídico ocidental[17].

O nascimento do positivismo está, pois, intrinsecamente ligado ao final da era medieval e ao nascimento do estado moderno e a todas as relações econômicas, políticas e sociais que o período sofreu.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[16] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Juspodivn, 2009, p.130.

[17] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999, p.15.

Podemos afirmar que o positivismo jurídico monopolizou a produção do direito pelo Estado, justamente porque no período histórico do seu nascimento se fortalecia a unidade estatal, em detrimento da pluralidade e da descentralização feudal.

Esse processo de estatização do direito permeia a noção de separação dos poderes, que conferiu ao parlamento quase que a exclusividade da legitimidade para produção normativa, em um processo de verdadeiro endeusamento da segurança jurídica. Esta construção atendia aos interesses burgueses de limitação do poder absolutista do monarca.

Ademais, o engessamento do direito excluía a subjetividade dos valores, os quais não interessavam ao projeto capitalista, de modo que era preciso reconstruir, naquele momento, a noção de direito, uma vez que o mesmo tornar-se-ia um importante instrumento de solidificação da nova ordem política e econômica.

O Estado moderno representou, portanto, o ideal de que o pensamento racional, exorcizado da subjetividade dos valores, poderia conduzir o homem ao bem-estar, fim mesmo do Estado, reduzindo a ideologia a um discurso vago, malgrado esteja o próprio positivismo carregado de ideologias como a crença da completude e da pureza axiológica.

Neste processo de positivação, cria-se uma verdadeira aversão ao que não é verificável, surgindo assim um fatalismo e um determinismo que bloqueia o discernimento, funcionando estrategicamente como uma forma de dominação.

Desaparecem os valores éticos em favor da mística da lei, fazendo emergir as grandes codificações que pretendiam abarcar a esfera da vida particular do indivíduo. O reducionismo do direito à lei, de fato, apoiou-se no dogma da completude e inexistência de lacunas, entretanto estes dogmas não se dão conta de que o Direito manifesta-se como fenômeno social, estando constantemente frente a novos desafios.[18]

Instala-se com esse contexto o Estado Liberal (onde todo poder exercido deve estar em conformidade com a competência jurídica), na qual a ordem jurídica além de buscar garantir a segurança do indivíduo contra a ação desmedida dos demais deve garantir a sua segurança contra a ação do próprio Estado.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[18] SASS, Liz Beatriz. **Direito e Natureza – (Re) Construindo vínculos a partir de uma Ecocidadania.** Curitiba: Juruá, 2008, p.83/84.

O exercício legítimo do poder do soberano é condicionado pela ordem jurídica posta. Desta forma, o direito está, desvinculado do exercício do poder político, em uma busca da neutralidade axiológica[19]. O positivismo jurídico sustenta-se, portanto, em legalismo, em lógica e em funcionalismo, que se firmaram em suas três principais escolas.

O positivismo legalista assentou-se claramente no desprendimento e desapego ao valor, com uma fundamentação calcada nas noções de coação, comando imperativo, coerência e completude do ordenamento. A lei é a fonte principal do direito e para a segurança de sua aplicação cria-se a mecanização da interpretação, restringindo a autenticidade da interpretação aos órgãos estatais competentes.

Eros Grau, seguindo Kelsen neste particular, quanto à questão da autenticidade da interpretação, sustenta que é a interpretação que da vida ao direito, por ser uma seqüência inexorável da produção legislativa, de modo que a norma se recompõe diuturnamente, na realidade de cada dia, de modo que o direito seria essencialmente dinâmico, vivo[20].

A exclusão, pois da interpretação doutrinaria, no positivismo, relegada a possíveis significados da norma jurídica, empresta maior segurança e previsibilidade aos julgados.

O logicismo positivista encontra-se vinculado umbilicalmente ligado à Teoria Pura do Direito de Kelsen, o qual deixa claro logo no iniciar de sua obra que o seu positivismo isola o direito dos fatos sociais:

> A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. [...] Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito[21].

Neste sentido, para a Teoria Pura do Direito, o valor é indiferente, sendo, apenas, considerada a validade da norma jurídica produzida de acordo com os procedimentos formais previstos em norma hierarquicamente superior, deixando de tratar a questão da justiça.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[19] Ibidem, p. 84.

[20] GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.275.

[21] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

Crítica relevante é a apontada por Liz Beatriz Sass, segundo a qual o positivismo jurídico assegura então uma conjuntura previsível, dentro do espectro de um homem moderno que se lança à construção de um mundo calculável, previsível e certo, libertando o indivíduo da dominação imposta pela tradição, pelas crenças e pela natureza. Desta forma, aponta a doutrinadora, que o Direito positivista realiza, ao menos em tese, o ideal de emancipação do homem moderno, que se torna possível pela previsibilidade, pela objetividade e pelo afastamento do fenômeno jurídico da moral e da política, ignorando simplesmente a complexidade do Direito enquanto fenômeno social[22]

Todavia, para Ricardo Maurício, por exemplo, a teoria kelseniana não afasta por completo a noção de valor por reconhecê-la na prática profissional dos juristas quando operam escolhas valorativas, refletindo critérios axiológicos que ultrapassam o campo estrito da ciência do direito[23].

A terceira dimensão positivista, a funcionalista, nasce da noção de sistemas de Niklas Luhmann, desenvolvida entre nós por Marcelo Neves, entre outros, trabalha com sistemas de auto-referência.

O direito seria uma ciência autônoma em razão da gênese das normas decorrer de outras normas, um sistema circular comunicativo e independente, codificado por uma digitalização binária de lícito/ilícito[24], paralelo ao sistema econômico (ter/não ter), político (poder/não poder). A este tipo de sistema denomina-se autopoiese[25], ou seja, um sistema que opera segundo seu próprio código, sendo permeável a uma abertura cognitiva de modo procedimental para as intervenções de outros sistemas, como o econômico e o político.

Ocorre que quando um sistema tem sua operacionalidade comprometida pelas incursões dos outros sistemas, de modo que, por exemplo, no caso do sistema do direito, a normatividade cede espaços aos interesses econômicos, políticos ou religiosos, no nascedouro da norma, estar-se-ia diante de um sistema alopoiético[26], que em muito se aproxima, em verdade, ao programa da modernidade, que

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[22] SASS, op.cit, p.88.

[23] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**, op.cit, p.134.

[24] NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 119.

[25] Ibidem, p. 116.

[26] Ibidem, p. 129.

sobreviveu sob o manto da "pureza sistemática", a qual nas palavras de Gadamer, ao tratar de preconceitos como condição da compreensão adverte:

Por isso, é importante que se indague, ante o metodologismo epistemológico dominante, se o início da consciência histórica conseguiu diferenciar realmente e por inteiro nosso comportamento científico com relação àquele comportamento natural com relação ao passado. É correta a autocompreensão das ciências do espírito, quando desloca o conjunto de sua própria historicidade para o lado dos preconceitos de que temos de nos libertar? Ou será que essa ciência "livre de preconceitos" não estará compartilhando, muito mais do que ela mesma acredita, daquela recepção e reflexão ingênuas, em que vivem as tradições e em que está presente o passado?[27]

O positivismo na busca da neutralidade axiológica deixou-se permear alopoieticamente pelo racionalismo e por tudo que o projeto desenvolvimentista preconizava. A razão vincula-se ao poder político e à lógica específica de desenvolvimento do sistema capitalista, que no pensamento de fisiocratas como Adam Smith apartam o Estado das questões econômicas. O conhecimento científico inicialmente entendido como meio de emancipação do ser humano foi submetido às injunções do poder vigente, o econômico.

A lógica capitalista se calcou no desenvolvimento científico e tecnológico transformando as diversas sociedades em meros mercados e as moralidades tornaram-se obstáculos a seu projeto de crescimento ilimitado como sustenta Garrafa[28], assim o cientificismo do "direito puro" acaba funcionando como legitimador de uma nova estrutura de poder em instalação.

Contraditoriamente, o racionalismo que buscou afastar o homem dos dogmas da fé, da tradição e de toda ideologia fundada no senso comum, que se afastasse do pensar racional, acabou por conduzir a humanidade a outro sistema de alienação: o absolutismo da ordem e do progresso material.

Nesse diapasão, ao tratar da indústria cultural, Adorno e Horkheimer demonstram o positivismo como instrumento de massificação, dominação e

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[27] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Vozes. 1999, p.423-424.

[28] GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética, Poder e Injustiça: por uma ética de intervenção. In Bioética, Poder e Injustiça.** Org: Volnei Garrafa; Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2002, p.39.

alienação, onde o inimigo a ser combatido é o inimigo que já se encontra derrotado: o ser pensante[29].

Logo, com o ceifar da interpretação doutrinária, limitando-a ao legislativo e ao órgão do julgador, o segundo restrito a ser a boca que pronuncia a letra da lei, o positivismo, sob a clara influência dos anseios burgueses, contraria a racionalidade apregoada por ele próprio, ante a inaplicabilidade da norma de forma isolada do interprete.

A conseqüência direta do positivismo foi o reducionismo da visão de Direito, a limitação do pensamento e do próprio conhecimento, por conseguinte. A insuficiência do sistema de codificação afastou o direito da justiça, ante a mutabilidade constante do mundo e das relações sociais.

1.2 – Declínio do projeto da modernidade.

O positivismo que nasceu com a modernidade também encontrou sua falência juntamente com a sucumbência do propósito moderno. O antropocentrismo racionalista exacerbado não fora suficiente para alcançar os propósitos da era moderna, o qual seria o bem estar do homem em razão do desenvolvimento técnico e científico.

Ao contrário, o que se verificou foi um processo de marginalização, aliado ao crescimento da pobreza e da degradação ambiental, esta segunda, afetando todo o planeta, independentemente da classificação social.

O culturalismo jurídico veio a fornecer, então, uma crítica significativa ao positivismo, na medida em que concebeu o direito como criação humana e, portanto, indissociável da questão valorativa. Podemos citar o tridimensionalismo de Miguel Reale como uma dessas manifestações no sentido de conceber a justiça como um valor fim do direito, possuindo este elemento fático, axiológico e normativo[30], ou seja, o direito como fato valor e norma. Assim, passa-se a questionar a noção de direito como letra fria da lei.

A segurança preconizada pelo sistema positivista, que reduz o direito à norma posta, contribuiu, significativamente, para evitar a ingerência arbitrária do

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[29] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento. Fragmentos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p.123.

[30] REALE, Miguel. **A Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11.

Estado na vida dos particulares, mas não se fundou exclusivamente no direito, e sim nas necessidades da nova ordem econômica.

Como salienta Tércio Sampaio, no sentido sociológico, a positivação representou uma crescente importância da lei votada pelo parlamento, como fonte do direito, sob forte influência do pensamento iluminista que criticava o arbítrio das decisões de modo que a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou a exigir a valorização dos preceitos legais e não dos fatos, desenvolvendo-se a Escola da Exegese que provocou o reducionismo do direito ao legalismo, sendo assim uma exigência política e econômica[31].

Nesta linha de pensamento coaduna Habermas, que assim assevera:

> O liberalismo ortodoxo apenas renovou essa compreensão individualisticamente reduzida dos direitos subjetivos, a qual simplesmente provoca uma interpretação funcionalista da ordem dos direitos privados que passa a ser a moldura para o intercâmbio econômico capitalista[32]

O positivismo jurídico sustentou, portanto, o liberalismo econômico, não evoluindo para efetivação de direitos de ordem social, impedindo a realização de uma vida digna, em especial nos países periféricos, onde tais direitos não passam de letras simbólicas nas cartas constitucionais, atuando como um agente de pacificação e acomodação social, para que os miseráveis fiquem pacificamente a espera de sua efetivação em um futuro próximo.

O declínio do positivismo jurídico e da noção cientificista da modernidade decorre justamente destes não terem conseguido atender aos anseios de felicidade do homem, como tinham prometido. Ao contrário, transformaram as pessoas em meros receptáculos de estratégias de consumo.

1.3 - Emergência de um novo paradigma: o estágio principiológico.

Desde a primeira Guerra Mundial, como pontua Dirley da Cunha Jr. citando Ferreira Filho, os partidos socialistas e cristãos impuseram uma preocupação econômico-social nas cartas constitucionais[33]. Esta exigência decorrerá de um processo de esvaziamento do Estado Liberal e do positivismo jurídico.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[31] FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 75.

[32] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução: Flávio Beno Sebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 119.

[33] CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33.

Perelman alerta que as concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoantes a vontade do legislador[34].

É importante compreender que as bases filosóficas que determinaram o esfacelamento do positivismo e abriu um novo paradigma, o do pós-positivismo, se iniciou, dentre outras contribuições, quando o sociólogo Karl Popper concedeu significativa contribuição com a teoria do falseamento.

Influenciado pelo comunismo e, posteriormente, pelo antimarxismo, Popper sustentou que a teoria de uma ciência passa a ser considerada válida quanto mais estiver aberta a fatos novos que possam testar seus princípios e conceitos. Trata-se da falseabilidade, que trabalha a possibilidade de uma teoria ser falsa, como instrumento de sua própria afirmação, o que garantiria a idéia de evolução e progresso científico, o que bem simboliza a ruptura do positivismo ao pós-positivismo, como bem salienta Ricardo Maurício[35].

A ciência jurídica seria, assim, flexível ante sua proximidade ao fenômeno cultural e sua permeabilidade às influências sociais.

O problema do pós-modernismo se encontra em suas novas percepções manter o caráter de cientificidade e autonomia do direito, pois ao ler Popper podemos verificar uma constante tentativa de "humanização da ciência" da filosofia em especial, principalmente ao tratar da lógica das ciências sociais, chegando a ser poético por considerar todos os seres humanos como filósofos em razão de assumirem uma postura diante da vida e da morte[36].

A questão do conhecimento está relacionada ao problema, de modo que não há nenhum conhecimento sem problemas e também não há nenhum problema sem conhecimento, portanto não há nenhum problema sem ignorância[37]. Popper rejeita a

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[34] PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução: Virgínia K. Ipupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.91.

[35] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**, op.cit, p.20.

[36] POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais.** Tradução de Estevão de Rezende Martins, Claudio Muniz, Aequarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.101.

[37] Ibidem, p.14.

lógica indutiva e a redução das ciências ditas empíricas a percepções sensoriais[38], criticando a tentava de classificar e descreve o conhecimento perceptual, por considerar que essa doutrina apóia-se em indução e universalidade, considerando impossível a prolação de um enunciado científico sem que se ultrapasse aquilo que é conhecido de maneira incontestável[39].

Popper defendeu que a tensão entre conhecimento e ignorância conduz a problemas e a soluções experimentais, sendo o conhecimento soluções experimentais sugestionadas, de modo que a idéia de conhecimento revela a ocorrência de um erro e, portanto de um caso de ignorância[40]. Assim, Popper concluiu que o assunto científico limita-se a um conglomerado de problemas e soluções tentadas[41], não existindo uma ciência puramente observacional[42].

A refutabilidade[43] proposta por Popper de fato contribuiu para quebra do paradigma positivista da noção de direito, pois ao sustentar que a experiência e as observações do mundo real podem e devem tentar encontrar provas do falseamento[44] de uma teoria.

Popper, portanto, ataca diretamente o determinismo positivista expresso na generalização e na validade universal[45], além de refutar o isolacionismo[46] dos demais ramos do conhecimento existente no positivismo lógico de Kelsen[47].

A ciência jurídica possui, pois, caráter provisório e conjuntural.

Vale lembrar que Boaventura Santos também, ao tratar das ciências, realiza uma severa crítica aos reducionismos, pontuando que o modelo global de noção de ciência desenvolvida até o século XVIII, por ser um modelo de exclusão onde não se admitia os estudos humanísticos como ciência:

---

[38] POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Henenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1985, p. 99.

[39] Ibidem. p. 101.

[40] POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais,** op.cit, p. 17

[41] Ibidem, p. 19

[42] Ibidem, p. 30

[43] POPPER. Karl. **Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico.** Tradufcción de Néstor Miguez. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Paidos, 1991, p. 61.

[44] POPPER, Karl. **A Lógica da pesquisa científica**, op.cit, p.42

[45] Não se trata da universalidade apregoada pelo jusnaturalismo ao tratar dos direitos inerentes ao homem, mas da aplicabilidade em espaço geográfico onde a lei possua validade e eficácia.

[46] A Teoria Pura do Direito de Kelsen, que deixa claro logo no iniciar de sua obra que o seu positivismo isola o direito dos fatos sociais, o valor é indiferente, sendo considerada, apenas, a validade da norma jurídica produzida de acordo com os procedimentos formais previstos em norma hierarquicamente superior, deixando de tratar a questão da justiça.

[47] KELSEN, op.cit, p. 1.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

> [...] a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas[48].

O jus-filósofo português alerta que, ao contrário da ciência aristotélica, a ciência moderna desconfia das experiências imediatas[49], apegando-se ao quantificar, tornando irrelevante o que não é mensurável de modo que o conhecer limita-se a dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou[50].

Encontramos outra contribuição no pensamento de Kuhn, ao defender que o progresso da ciência é revolucionário, não é meramente cumulativo, no entanto, possui certo sentido conservador em razão de uma nova teoria partir da explicação de uma teoria anterior[51].

Assim, também para Kuhn, nem todo conhecimento científico adquiri-se por cumulação, as "crenças obsoletas", também denominadas mitos, podem ser produzidas pelos mesmos métodos e encontrarem sustentáculos nos mesmos moldes do conhecimento científico atual, o que o leva a cogitar que a ciência inclui outros conjuntos de crenças incompatíveis com a noção de ciência atual[52].

Esse contexto filosófico permitiu a retomada da noção de direito como mais ampla que a lei e em conjunto com as exigências sociais, especialmente com as que surgem a partir do sistema produtivo do mundo moderno. Cria-se um ambiente favorável ao surgimento do Estado de Bem-Estar Social, especialmente vislumbrado na Constituição do México de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919, a qual influenciou a Constituição do Brasil de 1934, onde se conjugou uma democracia liberal limitada pelo interesse social, consubstanciado por normas dirigentes, programáticas e constitutivas, como defende Dirley da Cunha[53].

Outro duro golpe ao positivismo jurídico se deu com a derrota do nazismo alemão e do fascismo italiano, de modo que as grandes violações aos direitos humanos que ocorreram na II Guerra Mundial impuseram uma constitucionalização

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[48] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.24.

[49] Ibidem, p.24

[50] Ibidem, p.28

[51] POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais,** op.cit, p.69

[52] KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 21.

[53] CUNHA JUNIOR, op.cit, p.53.

das normas internacionais de direitos humanos, criando o denominado "Neoconstitucionalismo[54]" o qual em tem como marco filosófico o pós-positivismo, nas palavras de Pedro Lenza[55].

A dificuldade a ser superada neste estágio principiológico, ou pós-positivista é a vagueza e o uso indiscriminado dos princípios.

Ao tentar sistematizar o uso dos princípios nas resoluções das lides Alexy[56], trata dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais e alerta para falta de uma distinção precisa entre regras e princípios, assim como uma utilização sistemática desta distinção.

Alexy aponta vários critérios de diferenciação de regras e princípios definindo estes, ao final, como mandados de otimização com a intenção de realizar um determinado fim. Em seguida, afasta o critério da generalidade, segundo o qual, os princípios possuem alta generalidade e as regras possuiriam baixa generalidade[57].

A propedêutica esposada nos parágrafos imediatamente anteriores é de importância fulcral para compreender, de maneira sucinta, um pouco do pensamento pós-moderno a respeito da aplicabilidade dos princípios, uma vez que o direito à intimidade genética do qual decorre o dever de indenizar aquele que a tenha devassada, encontra possível fundamento no direito à intimidade e na dignidade da pessoa humana, consagrado em diversas ordens constitucionais pós-modernas e nas regras de direito internacional, que tratam de direitos humanos, sendo que nesta dissertação trabalhar-se-á a vulnerabilidade como fundamento da espécie de responsabilização.

Vale salientar que a aplicação de princípios não obedece à lógica clássica estrutural das regras (se A então B) demandando uma densificação e concretização, ou seja, preencher o seu conteúdo jurídico para aplicá-lo a um caso concreto.

Ocorre que este processo de densificação envolve necessariamente a participação indissociável do jurista e como consequência todas as suas pré-

[54] O Neoconstitucionalismo toma como base o deslocamento da Constituição para o centro das questões lhe emprestando ampla força normativa. A Constituição não mais limita-se a organizar o Estado e seus poderes, mas intervêm no sistema econômico e social com fins de promoção do estar e a justiça, fundando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, retomando, portanto, a noção de valores (afastada pelo positivismo) baseando-se na leitura moral que o pós-positivismo faz do Direito.

[55] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

[56] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Melhoramentos Editores. 2008, p.86.

[57] Ibidem, p.90.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

compreensões, consideradas por Eros Grau como inafastáveis, uma vez que para este a neutralidade política do interprete somente existiria no campo doutrinário e dos discursos jurídicos, sendo sempre dissolvida no discurso do direito[58].

O pensamento pós-positivista é permeável, portanto, aos valores e aos fatos, de modo a trazer os princípios à condição de significativa relevância, permitindo assim a proteção de novos direitos, como o direito à intimidade genética.

O pós-positivismo encontra-se, assim, vinculado à idéia de sistema comunicativo desenvolvido por Habermas e ao processo argumentativo de Peralman.

Habermas sustenta que o direito moderno tirou dos indivíduos o fardo das normas morais e as transferiu para as leis que garantiam a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtinham sua legitimidade através de um processo legislativo, que, por sua vez, se apoiava no princípio da soberania do povo[59]. O direito pós-moderno, ao contrário, sustenta-se em um processo comunicativo para formação de uma vontade geral:

> O processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação. A legislação realiza-se numa rede complexa de processos de entendimento e de práticas de negociação. [...] A formação política da opinião e da vontade, ultrapassando o nível p r a g m á t i c o, onde se procura saber o que *podemos fazer* em função de tarefas concretas, precisa esclarecerem, em primeira linha, três questões, a saber: a que subjaz á formação de compromissos, onde se discute a *possibilidade de harmonizar entre si* preferências concorrentes; a q u e s t á o ética-política acerca de nossa identidade pessoal e dos ideais que *acalentamos* realmente; e a questão prático-moral que nos leva a inquirir sobre o modo de *agir* para sermos justos. Em negociações nas quais se ponderam interesses, pode formar-se uma vontade geral *agregada;* em discursos hermenêuticos de auto-entendimento, uma vontade geral *autêntica;* em discursos morais de fundamentação e aplicação, uma vontade *autônoma.* Nesses discursos e negociações, os argumentos decisivos não são do mesmo tipo[60].

Esta noção de Habermas encontra ressonância na lógica jurídica de Perelman, que entende o estágio atual como impositor de recursos aos raciocínios dialéticos e retóricos, que visam a estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia[61].

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[58] GRAU, op.cit, p. 211.

[59] HABERMAS, op.cit, p. 115.

[60] Ibidem, p. 225.

[61] PERELMAN, op.cit, p. 139.

Complementariamente Boaventura Santos[62] defende que o discurso jurídico é sempre pluralístico e, apesar de ser antitético, não perde o caráter dialógico e horizontal, implicando em uma verdade sempre relativa cuja validade se agrega necessariamente ao circunstancialismo histórico-concreto do auditório.

Podemos, assim, concluir que, dentro desse novo paradigma emergente, a nova concepção de direito é pós-positivista, flexível aos valores, retratados nos princípios e nos *topois* (lugares comuns) que se opera em um sistema comunicativo, que se utiliza do processo argumentativo com, base na dialética e na retórica para busca de um processo de convencimento, o qual gera a legitimidade do sistema.

Os princípios por serem adequáveis às realidades de cada momento histórico são, pois, resgatados, veementemente, como forma de aproximar o direito da noção de justiça e da noção de ética, uma vez que o auditório não mais se convence da subsunção do fato à norma, mas exige do Poder Judiciário que o direito atue de forma a também promover o bem estar social.

2 – BIOÉTICA E VULNERABILIDADE

2.1 – Bioética e principialismo.

2.1.1 – Contexto histórico do nascimento da bioética.

O novo paradigma, de um direito dinâmico e apegado a dignidade da pessoa humana, é solo fértil para o reconhecimento de novos direitos. A velocidade de transformação da sociedade, a qual a produção legislativa não consegue acompanhar, tornou-se um dos agentes propulsores desta nova visão do direito.

Nesta nova realidade os Estados democráticos[63] abrem-se ao direito internacional, em especial às normas principiológicas, que se referem aos direitos humanos, que eclodiram após a metade do século XX. No Brasil, inclusive, o

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[62] SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris,1998, p. 8.

[63] Considera-se aqui o conceito de democracia ocidental, de influência em matrizes Greco-romanas e de influência judaico-cristã.

Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela supralegalidade[64] das mencionadas normas internacionais, criando uma nova categoria legal.

As tragédias de Hiroshima e Nagasaki denotaram, explicitamente, que a tecnologia trazida pelo programa da modernidade não se reverteu exclusivamente em benefícios para a humanidade, ao tempo que permitiu o desenvolvimento de armas de guerra, extremamente sofisticadas, fazendo eclodir grandes catástrofes naturais, alimentado guerras e fome, dizimando milhares de vidas no planeta.

Esse histórico faz levantar questionamentos a respeito do destino da humanidade frentes às técnicas de manipulação do genoma humano. Será que estas também não trariam dentro os benévolos, heranças malditas?

Trata-se do medo de destruição da espécie, reflexo do temor de perda da identidade[65]. Esta possibilidade de manipulação de genes é uma verdadeira revolução da ciência, pois trata de um avanço biotecnológico que interfere diretamente em diversas questões econômicas, jurídicas, políticas, sociais e ambientais, assim como pontuado anteriormente na própria vida do ser humano.

O homem contemporâneo descobriu embasbacado que é muito menos dominador do que dominado pelas suas invenções e processos tecnológicos, uma vez que se tornou mero espectador, destituído de subjetividade e de raciocínio crítico reflexivo. Por outro lado também está destituído dos dogmas e certezas[66].

Para Garrafa, a crença despótica em certezas absolutas, que marcou o desenvolvimento científico e a expansão capitalista, revelou a parcialidade de suas premissas, tornando-se cada vez mais insustentável. A própria idéia de igualdade, semeada a esmo num solo ressecado pela injustiça, tornou-se mais uma ferramenta para maximizar o lucro e justificar a dominação[67].

O discurso desenvolvimentista de ordem e progresso mostrou-se de retórica vazia, pois o crescimento econômico não reduziu as desigualdades, pelo contrário as aumentou.

---

[64] O Supremo Tribunal Federal ao julgar o *habeas corpus* n. 87.5858-8/TO, que se originou da inadmissão, pelo Superior Tribunal de Justiça, de recurso ordinário contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em um processo onde se buscava a soltura do paciente, preso em 2005 como depositário infiel, em um nítido choque entre a previsão do art. art. 5º, LXVII da CF/88 e o art. 11º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, decidiu por maioria que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário são superiores a legislação infraconstitucional e inferiores a Constituição quando anteriormente ratificados, em relação a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que não tenham sido aprovados pelo procedimento estatuído pelo novo § 3º, a despeito do teor literal dos §§ 1º e 2º do artigo 5º.

[65] MINAHIN, op.cit, p.25.

[66] SASS, op. cit, p.96.

[67] GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora, op.cit, p.40.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

Estamos, pois, a viver uma mutação da modernidade para pós-modernidade, um período de transformação radical do pensamento, da cultura, da política, que clama que o homem e a natureza construam outra forma de estarem juntos sobre o planeta[68].

O século XX, portanto, representou um período de relevantes mudanças na história da humanidade, em especial, pela velocidade com que ocorrem as transformações, principalmente na área da informática, medicina e comunicações.

Pessoas que nasceram em um contexto no qual sequer tinham acesso fácil a uma simples televisão ou um telefone, hoje convivem com celulares que acessam contam bancárias e realizam operações financeiras, exercem a função da própria televisão e permitem a comunicação instantânea com qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, inclusive com a reprodução da imagem.

O avanço tecnológico das últimas décadas facilitou a formação de uma nova estrutura na economia mundial, denominada de economia de mercado, onde os países se organizam em blocos econômicos, em regra continentais, em uma verdadeira "eliminação de fronteiras".

A internacionalização da economia, popularmente conhecida como globalização econômica, intimamente ligada ao processo de informatização possibilitou maior agilidade nas operações financeiras e em diversos tipos de investimentos, entre eles o da pesquisa científica, agilidade esta não acompanhada pela produção legislativa, surgindo assim um clamor para produção de uma adequada tutela jurídica como meio de garantir a continuidade dos investimentos financeiros conforme ressalta Remédio Marques[69], ao tratar da possibilidade de patentear organismos geneticamente modificados.

Paralelamente ao desenvolvimento científico pós-guerra, verifica-se a eclosão de diversos movimentos sociais, tais como o feminismo trazendo a participação ativa da mulher na sociedade, o movimento hippie que representava a "ausência de regras"[70].

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[68] SASS, op.cit, p.96.

[69] MARQUES, J. P. Remédio. **Patentes de genes humanos**? Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.10.

[70] O movimento *hippie* ao pregar o não seguimento as regras impostas pela sociedade da época pregou a prática do sexo livre, a liberdade sexual, inclusive com relações envolvendo troca de casais a paixão pelo *rock in rool* e o uso de drogas. É importante verificar a presença de diversos símbolos, tais como as roupas, a ausência de higiene, cabelos não cuidados e forma de saudação, que constituem igualmente um sistema com regras, como na sociedade que se repudiava, diferenciando apenas o conteúdo desta.

O *black-power* e a luta pela igualdade de direitos em relação aos brancos, os homossexuais, entre outros, ou seja, um momento de levantamento das minorias marginalizadas, como pontua Moran:

> [...] la libertación sexual, el feminismo, los movimientos pacifista com uma gran oposición a la guerra sudástica, movimientos estudantiles, [...] y revidicación de los derechos civiles de los grupos vulnerables, minorias y marginados, existentes em los Estados Unidos durante los anos 60, em concreto, las persona de color, mujeres, niños, homosexuales, estudiantes, soldados, consumidores y pacientes[71].

Trata-se de um período de quebra de paradigmas. Um momento histórico em que se observa a medicina sofrendo intervenção de outras áreas, especialmente a judicial em razão da análise de erros médicos.

As possibilidades de extirpação de diversas doenças através dos avanços da biotecnologia (pesquisas envolvendo genoma humano) criam um forte apelo popular em favor do desenvolvimento científico, em especial por pessoas acometidas por doenças de transmissão hereditária, as ditas genéticas, e outras enfermidades cuja ciência ainda não descobriu a cura como o câncer e o mal de Alzaheimer.

A bioética surgiu, assim, em meio a grandes avanços da ciência, como a ida do homem à lua e descoberta de novos métodos anti-conceptivos e de grande agitação social na busca pela igualdade.

A bioética nasce, especificamente, em um contexto de expansão do liberalismo norte-americano, para defesa de pacientes e seres humanos em geral que constituíam objeto de pesquisas científicas, onde não se respeitava à dignidade da pessoa humana ao ponto de incutir o vírus da hepatite em pessoas com deficiência mental e inserção de células cancerígenas em idosos.

2.1.2 – Bioética e Biotecnologia: uma distinção necessária.

Moran, após traçar o perfil histórico do nascimento da bioética como sendo os anos 60, quando o feminismo, a liberdade sexual e a luta por direitos civis, especialmente, dos setores socialmente marginalizados tais como homossexuais,

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.mini-dri.com

[71] [...] a liberação sexual, a oposição feminista, os movimentos pacifistas com uma grande oposição a guerra sudástica, os movimentos estudantis, [...] e as reividnicações dos direitos civis dos grupos vulneráveis, das minorias e dos marginalizados, existentes nos Estados Unidos durante os anos 60, em especial, as pesssoas de cor, mulheres, crianças, homossexuais, estudantes, soldados, consumidores e paciente. Tradução Livre. In: MORAN, Luis Gonzalez. **De la Bioética al Biorderecho**, Madri: Editorial Dykinson, S.L, 2006, p. 45.

mulheres, crianças, negros e pacientes que por serem vulneráveis clamavam por tal, pontuou características para bioética:

> [...] es uma reflexion sistemática [...] es uma reflexion interdiciplinar [...] esta reflexion debe realizarse em el marco del pluralismo [...] esta realidades marcam lãs atiutudes del dialogo bioético...sinceridad y humildad intelectuales [...] la bioética surge como uma respuesta a la ambiguidad de los avances científicos y tecnológicos, capaces, al miesmo tiempo, de aportar grandes benefícios al ser humano y de causarle graves danos[72]

Para Garrido, no período de nascimento da bioética, a medicina se viu obrigada a repensar sua atuação de forma mundial, de modo que a ética hipocrática precisava ser revista, de modo a favorecer a dignidade da pessoa humana[73].

A bioética nasce, pois, com este foco: a defesa das minorias e dos mais fracos[74] frente aos impulsos desordenados do desenvolvimento médico-científico, especialmente, porque a humanidade havia acabado de presenciar o terror do nazismo na Alemanha[75] e das práticas eugênicas[76].

A bioética foi concebida, nesta terminologia, inicialmente, pelo norte-americano Van Rensselaer Potter, em 1971, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, como denotam Scarpelli, Ferreira e Zarzar[77] e segundo Moran, pode ser definida de acordo com o conceito encontrado nos trabalhos elaborados pelo Comitê Internacional de Bioética, na Declaração Universal de Bioética:

> [...] la bioética se refiere al campo de estúdio sistemático, pluralista e interdisciplinar que aborda los problemas morales, teóricos y práticos que plantean la medicna y la ciencias de la vida aplicada a los seres humanos y a la relación de la humanidad com la biosfera [...][78]

---

[72] [...] é uma reflexão sistemática [...] é uma reflexão da interdisciplinaridade [...] essa reflexão se deve a realidade do pluralismo [...] estas realidades marcam a atitude do diálogo bioético... sinceridade e humildade intelectual [...] A bioética surgiu como uma resposta para a ambigüidade do progresso científico e tecnológico, capaz ao mesmo tempo de promover grandes benefícios para os seres humanos e causar sérios danos. Tradução Livre. In: MORAN, op. cit, p. 50-51.

[73] GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Da bioética clinica à bioética ambiental**. Diálogos e Ciência – Revista da Rede de ensino FTC. Ano VI, n. 13, mar. 2008. INSS 1678- 0493, p.4. Disponível em: http://www.ftc.br/dialogos. Acessado em 08 mar. 2011, às 15:00.

[74] A influência do liberalismo no que tange ao individualismo é primordial para o nascimento da bioética por reduzir a concepção de sacrifício dos individuo em razão da função social e valorização do interesse pessoal.

[75] O nazismo alemão trouxe procedimentos capazes de realizar uma verdadeira seleção artificial da espécie humana, constituindo-se também a base de pensamento do ideal nacional-socialista, embora tais práticas permanecessem em países capitalistas como nos Estados Unidos da América, após a queda do nazismo alemão.

[76] CASABONA, Carlos María Romeo. **Del gen al derecho**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1996, p. 236.

[77] SCARPELLI, A. C. ; FERREIRA, E. F.; ZARZAR, P. M. P. A. **Vulnerabilidade socioeconômica *versus* autonomia na pesquisa em saúde**. Bioética (Brasília), v. 15, 2007, p. 299-300.

[78][...] A Bioética diz respeito ao campo de abordagem sistemática, pluralista e multidisciplinar que aborda problemas morais, teóricos e práticos que permeiam a medicina e as ciências aplicadas da vida dos seres humanos e da relação da humanidade com a biosfera [...] Tradução Livre. In: MORAN . op.cit, p. 75.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.pdf-drive.com

Complementarmente, Mônica Aguiar e Nogueira Reis definem a Bioética como um conjunto de reflexão e ação baseada no pensamento crítico a um modelo desumano de ciência[79].

É importante esclarecer que a bioética não se confunde com a biotecnologia, a qual pode ser entendida, em uma leitura direta, como a tecnologia aplicada à vida (quando da separação das palavras *bio* e tecnologia).

A biotecnologia é o conjunto de habilidades tecnológicas que utilizam células e moléculas biológicas desenvolvidas pelo conhecimento técnico e científico em diversas disciplinas, tais como biologia molecular, engenharia química, ciências da computação, ciências dos materiais, genética, imunológica, fisiologia, microbiologia, bioquímica, entre outros[80].

Lima Neto aponta que a biotecnologia possui um conceito mais amplo que a engenheira genética, considerando a segunda como apenas uma das técnicas da primeira [81], a qual visaria ao uso de sistemas e organismos biológicos para diversas aplicações. Neste sentido, o art. 3º, IV da Lei nº. 11.105/2005 (Lei Nacional de Biossegurança) definiu a engenharia genética como sendo uma atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante.

Assim, biotecnologia e bioética não são palavras sinônimas, pois a segunda constitui uma espécie de ética para a ciência, que não visa cercear a produção de conhecimento, mas garantir que sua manipulação e aplicação não violem a dignidade da pessoa humana[82]. A bioética possui assim um papel fulcral para limitar os experimentos científicos que envolvem seres humanos[83] preservando sua dignidade[84].

Neste aspecto, diante do contexto principiológico e ético em que se assenta a Bioética, sustentados pelo paradigma filosófico pós-positivista do direito, que

---

[79] SILVA, Mônica Neves Aguiar; REIS, Sergio Nogueira. **Bioética no cinema**. 1ª ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 2009, p.12.

[80] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.29.

[81] NETO, Francisco Vieira Lima, **O direito de não sofrer discriminação genética**: **uma nova expressão dos direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.12.

[82] ESPIEL, Hector Gross e SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.** Granada: Comares. 2006, p.1.

[83] SILVA, Mônica Neves Aguiar. **Direito à Filiação e Bioética.** São Paulo: Forense, 2005, p.19.

[84] A Bioética também não se confunde com Biodireiro, que é uma expressão usada por Luis Gonzáles Morán in MORAN, Luis Gonzalez. **De la Bioética ...al Bioderecho,** op.cit., p.91, para designar a produção legislativa fundada na bioética, goza de grande uso na doutrina pátria como sendo o ramo do Direito Público que associado à bioética estuda relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia, embora esta expressão assim como a expressão biomedicina sofram criticas de diversos doutrinadores em razão da centralização e restrição ao campo de atuação em contraponto ao caráter multidisciplinar do tema. A esse respeito ver . In: SILVA. **Direito à Filiação e Bioética**, op.cit, p.19.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.pdfmachine.com

permite a relação entre Direito, Política, Sociologia, Filosofia e Medicina, os dados genéticos não poderiam ser obtidos, manipulados e publicadas as informações de forma indiscriminada, de modo a visualizar-se um direito à intimidade genética, objeto desta dissertação.

No Brasil, o debate sobre bioética e biotecnologia ganhou repercussão para o público em geral, nos diversos meios de comunicação, em razão do recente julgamento da Adin nº. 3510 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no qual a Suprema Corte Brasileira decidiu por maioria pela constitucionalidade do art. 5º da Lei Nº. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) pela liberação, sem restrições, das pesquisas científicas e terapêuticas envolvendo embriões humanos para o desenvolvimento de células-tronco embrionárias [85].

O julgamento[86] contou de certa forma com a participação da sociedade e durante sua ocorrência foram verificados calorosos debates entres os Ministros, de cunho Jurídico-Filosófico e Jurídico-Religioso, inclusive nas sustentações orais, embora não se saiba efetivamente quais a vantagens que a população em geral ganhou com o resultado do julgamento.

Vislumbra-se, pois, na questão das células-troncos embrionárias um cunho multidisciplinar envolvendo medicina, direito, filosofia, teologia e ética e confronto de direitos igualmente constitucionais também reconhecidos internacionalmente, de um modo em geral.

O foco se deu em torno do direito à vida, uma vez que as pesquisas irrestritas não asseguram a manutenção com vida do embrião utilizado e o direito à vida digna, consubstanciado, especialmente, no princípio da dignidade humana, a despeito dos diversos debates a respeito do seu alcance e aplicação, este fora atrelado aos esperançosos na descoberta da cura de diversas moléstias a partir do desenvolvimento das controvertidas pesquisas.

Em verdade a decisão do STF abriu um precedente perigoso, pois permite que o Brasil, diferentemente de diversos outros países do mundo, se torne um grande porto seguro para elaboração de manipulações com embriões excedentes, o que atende aos interesses dos grandes grupos de pesquisas, pois efetivamente

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[85] LENZA, op.cit, p 749.

[86] Diversos setores da sociedade como Igreja Católica, cientistas, investidores estudantes e diversos profissionais do direito acompanharam o julgamento, que teve grande cobertura por parte da imprensa televisiva, participação de *amicus curiae* elevando significativamente a publicidade do julgamento e a fomentação do debate entre diferentes pontos de vista fortalecendo a democracia brasileira em razão da sua pluralidade.

beneficiará uma parcela insignificante da população, aquela que possui grande poder econômico.

2.1.3 – Bioética principialista.

Ultrapassado a definição e o contexto histórico no qual se situa a bioética é imperioso compreender em que esta se fundamenta, Para Ferrer, em sua proposta de fundamentação da bioética, é necessário compreender os princípios que a regem. Pontua o mencionado autor que a formulação já clássica desse modelo teórico encontra-se na obra de Tom L. Beauchamp e James F.Childress[87].

Como bem pontua Garrido, o principialismo em verdade se inicia com o Relatório Belmont, iniciado em 1974 e publicado em 1978, no qual foram estabelecidos três princípios básicos para orientar decisões clínicas: a justiça, a autonomia e a beneficência, este desmembrado em mais um a não-maleficência[88].

Toma-se como base para o estudo do principialismo nesta dissertação a obra de Tom L. Beauchamp e James F.Childress, os quais formularam quatro princípios gerais fundamentais para orientar moralmente as decisões dos pesquisadores e dos clínicos no âmbito da biomedicina, sendo eles: o respeito pela autonomia; a beneficência; a não maledicência e a justiça[89].

O princípio do respeito à autonomia implica no reconhecimento da autonomia alheia para de modo que sejam respeitadas suas decisões livres de influências externas, é a capacidade para se autodeterminar[90].

O princípio da beneficência é definido como qualquer ação humana cuja finalidade se beneficiar outra pessoa, tratando-se assim de uma idéia moral de modo que não incorre em deficiência moral aqueles que não o praticam[91].

Em sentido inverso o princípio de não-maleficência afirma, essencialmente, a obrigação de não causar dano intencionalmente[92].

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[87] FERRER, Jorge José e ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Teorias e paradigmas teóricos da bioética contemporânea**. Edições Loyola: São Paulo, 2005, p.119.

[88] GARRIDO, op.cit, p.5.

[89] FERRER, op.cit, p.119.

[90] Ibidem, p.123.

[91] Ibidem, p.132/133.

[92] Ibidem, p.128.

Por fim o princípio da justiça, na obra de Beauchamp e Childress, relaciona-se com a noção de uma justa alocação dos recursos. Para os autores, as pessoas de um modo geral não desfrutam das mesmas oportunidades, o que implica a necessidade de uma noção de justiça baseada na regra da oportunidade eqüitativa[93].

Para Ferrer, seguindo Childress, neste particular, entende que em sentido restrito, os princípios são as normas morais mais amplas e gerais, que são, por sua vez, a fonte e fundamento de outras normas mais específicas[94]. Neste aspecto vale pontuar o entendimento de Dworkin que vincula diretamente os princípios à questão da moral, posto que no seu entendimento o princípio seria um padrão que deve ser observado, não porque este assegura uma situação econômica, política ou social, entendida como desejável, e sim por se tratar de uma exigência de justiça ou eqüidade ou de alguma outra dimensão da moralidade[95].

O principialismo bioético não surge do acaso, mas justamente deste contexto histórico, do pós-guerra, que determina uma nova visão do direito com o resgate aos princípios. A aproximação do direito e da moral, exorcizada no extremo do positivismo jurídico kelseniano, funcionara como campo fértil para Childress trabalhar a teoria principialista, especialmente, pela ampla difusão da noção de direitos universais, inatos ao homem cujo dever de observação se aplicaria a todos os países.

2.2 – Vulnerabilidade: para além da bioética principialista.

A Bioética como visto, não nasce apenas focada na tutela de interesses individuais de pacientes, mas também focada em questões de interesse social de modo geral, em razão principalmente do seu contexto histórico.

Entretanto, a microbiética fundada essencialmente nas questões de direitos individuais, como a eutanásia, o aborto, as experiências em pacientes, a reprodução assistida, transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová, entre outros, por ser o foco principal nos Estados Unidos e nos demais países desenvolvidos, onde esta

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[93] BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de ética médica.** São Paulo: Loyola, 2002, p. 368.

[94] FERRER, op.cit, p.120.

[95] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

iniciou sua fundamentação, alastrou-se ao ponto de confundir-se como a Bioética, como um todo. O próprio principialismo encontra limitações em razão deste reducionismo.

Alerta-se que esta noção de princípios ora apresentada encontra-se calcada em uma doutrina norte - americana e, portanto, não pode ser considerada universal, em razão de encontrar-se acometida de diversas influências da história ianque e de sua realidade social, que de certo não se reproduz de modo exatamente igual no restante do mundo.

Débora Diniz e Dirce Guilhem apontam que a Bioética Feminista[96] como uma das teorias críticas ao principialismo, por exemplo, concentrando-se na perspectiva crítica do feminismo, qual seja um olhar crítico frente às desigualdades sociais e torna-se um agente potencial de provocação aos pressupostos universalistas do principialismo[97].

A questão da autonomia, por exemplo, sofre uma nova leitura onde se mistura com a busca pela igualdade social[98]. Esta nova visão apontará como a autonomia é por vezes mecanicamente referenciada na teoria principialista, enquanto nesta perspectiva crítica é preciso compreender e demarcar as situações onde em que autonomia encontra-se mascarada pela coerção da vontade, explicitando um dos aspectos fundamentais da perspectiva política do conceito de vulnerabilidade.[99].

Esta noção de vulnerabilidade não era visível no contexto histórico de surgimento da bioética, como bem pontua Emmanuela Lins:

Em países desenvolvidos, as questões de Bioética estiveram, portanto, fortemente marcadas pelos debates sobre os avanços tecnológicos e as limitações que a humanidade entendia serem necessárias a resguardar sua própria condição. Até onde poderia caminhar a ciência, sem que isto pudesse desconstituir ou dizimar a espécie humana? Aqui já não se tratava de dialogar sobre sujeitos mais

---

[96] A Bioética feminista situa-se dentre as correntes críticas da bioética e ao contrário do que a priori possa parecer não se trata de um discurso sexista, mas se reporta a populações subjulgadas, conceituadas como inferiores historicamente pela sociedade. Assim não somente as mulheres ou uma minoria ética é seu objeto de estudo, mas todas as pessoas socialmente vulneráveis.

[97] DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **Bioética Feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade.** Bioética (Brasília), v. 7, 2000, p. 181.

[98] Ibid., loc. cit.

[99] DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **Bioética Feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade**, op. cit, p. 181-182.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

vulneráveis que outros, e sim de buscar mecanismo de resguardar a condição humana.[100]

Portanto, a limitação dos princípios bioéticos aos quatro, outrora comentados no principialismo, padece de uma leitura com devidas ressalvas, posto que a dignidade da pessoa humana, assim como a vulnerabilidade, para exemplificar, não foram arrolados nesta teoria.

É importante, pois, esclarecer que a Bioética não se limita a um olhar micro, visão que decorre necessariamente da influência norte-americana e do principialismo, voltado para os avanços tecnológicos como clonagem, definição de sexo dos filhos, eutanásia e a própria intimidade genética. A Bioética também possui um olhar macro, de modo a promover a proteção não somente do individuo em si, mas também para os interesses da coletividade.

Fome, racismo, alocação de recursos, problemas sociais e ambientais que interessam diretamente aos países periféricos estão no objeto de estudo da Bioética, pelo seu viés macrobioético, fugindo da relação individualista, na busca de uma proteção global: o meio ambiente, o homem e sua dignidade.

A macrobioética tem, pois, como fim, eliminar ou ao menos compatibilizar os choques entre os direitos sociais e ambientais, atuando para diminuir a exclusão social.

Compartilha com o entendimento retro o doutrinador Garrafa, o qual alerta que a Bioética surgiu para reforçar *o* lado mais frágil de qualquer inter-relação historicamente determinada. O autor clama para que não se atenha ao discurso dominante, de modo que a Bioética dos países periféricos, e os da América Latina, particularmente, passe a não aceitar mais o crescente processo de despolitização dos conflitos morais[101].

O autor supramencionado alerta que em 1998 foram gastos em pesquisas com medicamentos contra o HIV/AIDS, cinqüenta vezes mais recursos do que no combate à malária, ao tempo em que ambas as doenças vitimaram, naquele ano, um número semelhante e aproximado de 2 milhões de pessoas em todo o mundo. A conclusão é a AIDS ter logrado visibilidade pública internacional pelos enormes

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[100] LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico. 2007.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito , Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.48.

[101] GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora, op.cit, p.37.

danos e prejuízos causados indistintamente a países ricos e pobres, ao passo que a malária é doença caracteristicamente "terceiro-mundista", atacando quase que exclusivamente pobres[102].

A conclusão é irremediável no sentido de se observar que o que prevalece é o interesse econômico dos grandes laboratórios privados e públicos dos países ditos desenvolvidos, que centram a imunização nas doenças cujos afetados podem pagar por ela.

Percebe-se que o que define as prioridades não são as reais necessidades, mas o interesse do mercado. Esta sistemática contribui para o aumento das disparidades, das desigualdades e da inacessibilidade da maioria da população mundial a uma existência digna, o que para Garrafa revela absoluta ausência de ética[103].

Essa lógica de mercado é sustentada no projeto da modernidade pela segurança jurídica, que funciona como principio justificador do positivismo, a qual ganhou status de verdadeiro deus, não aceitando refutabilidade, ainda que a conseqüência seja um esvaziamento ético, tornando-se uma segurança não jurídica, mas de direito, que atua para manter os *staus quo* da estrutura de poder, verdadeira Constituição, na visão sociológica de Lassalle[104].

Capra alerta que quando o capitalismo global começou a crescer sua mentalidade de atribuir valor supremo ao ganho de dinheiro envolveu a biotecnologia provocando o esquecimento de todas as considerações éticas. O autor alerta que, atualmente, muitos geneticistas de renome são donos de empresas de biotecnologia ou trabalham em íntima associação com tais empresas. Para Capra a motivação desse crescimento da engenharia genética não é o progresso da ciência, nem a descoberta de curas para as doenças, nem a vontade de alimentar os famintos: é o desejo de garantir ganhos financeiros nunca vistos antes[105].

Portanto, assim como o direito posto assegurou as bases sólidas para o crescimento do capitalismo a biotecnologia vem lhe emprestando sobrevida.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[102] Ibid., loc. cit.

[103] Ibid., loc. cit.

[104] LASSALLE. Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.12-47.

[105] CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p.162.

2.3 – Dimensões da vulnerabilidade.

De fato, a bioética principialista, ao tentar estabelecer um critério universal, focando-se em um contexto euro-americano, deixou de apreciar a questão da vulnerabilidade , desenvolveu-se como pontua Diniz e Guilhem uma Bioética voltada para pessoa com acesso ao serviço de saúde, com um corpo médico disposto a executá-la, compreendê-la e respeitá-la como pessoa, o que chamou de bioética para privilegiados[106].

O que dizer então, quando alguém se submete a ser picado por um mosquito transmissor da malaria e receber em troca R$ 12,00 (doze reais)? Pior, o que dizer quando da suspensão desta pesquisa, as próprias pessoas infectadas realizam um protesto para requer o seu retorno? O que dizer quando isto não é um exemplo hipotético para fundamentar uma tese acadêmica, mas aconteceu com uma população ribeirinha do Amapá, em 2006?

É com este exemplo que Emanulle Lins inicia a introdução de sua dissertação[107]. O exemplo chocante serve para demonstrar o que o ser humano é capaz de fazer para fugir da miserabilidade, quando o Estado não lhe garante o mínimo existencial. Como aplicar o princípio da autonomia diante de uma situação como esta? A ferida está exposta, o liberalismo ocidental e suam sua autonomia sem limites[108] característica do universalismo burguês, não se aplica ao caso.

A autonomia está intrinsecamente ligada ao consentimento, que pressupõe a existência de liberdade e espontaneidade. Portanto, no exemplo trabalhado a autonomia fica comprometida uma vez que a espontaneidade fica restringida pela necessidade de sobrevivência, visualizada nos míseros R$ 12,00 (doze reais) pagos no teste.

O problema não se manifesta apenas no aproveitamento do poderio econômico de um grupo que induz pessoas a disporem de seu próprio corpo e sua saúde para aumentarem seus lucros. Fátima Oliveira, no artigo Nossos genes nos pertencem! Bioética, feminismo e violência Genética, aponta que desde 1993, acumulam-se denúncias de infrações éticas cometidas por algumas equipes do

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[106] DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce, op.cit, p.184.

[107] LINS, Emmanuela Vilar, op.cit, p.6.

[108] DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce, op.cit, p.187.

PDGH (Projeto da Diversidade do Genoma Humano), os chamados "caçadores de genes"[109].

A bioeticista informa que o PDGH tem praticado uma série de atitudes antiéticas na coleta de DNA, sem consentimento, de populações indígenas, ou seja, com a ausência do consentimento livre e esclarecido, o que torna a prática condenável. A autora cita casos, inclusive de mercantilizarão dos genes:

> Em 1995, o governo dos EUA requereu o patenteamento dos genes de uma índia panamenha da tribo dos Guayami de cujas células foi extraído um remédio para doenças degenerativas e leucemia. O presidente do Congresso Geral Guayami, Isidro Costa, conseguiu, via GATT (Acordo Geral de Comércio e Tarifas), o repatriamento do material genético baseado na Convenção da Biodiversidade. No mesmo ano, o Instituto Nacional de Saúde (INH) obteve a patente número 5.397.696 de uma linhagem celular de indígenas de Papua Nova Guiné.
>
> A venda de DNA de indígenas brasileiros, os Karitiana e Suruí, de Rondônia, foi anunciada, em 1996, pela internet e em congressos científicos da área, pela empresa americana de genética Coriell Cell. Até hoje, não sabemos qual a atitude adotada pelo governo brasileiro, mas corria o boato que o DNA à venda era "sobra" de uma pesquisa de doutorado, que o doutorando e o Prof. Dr. orientador, ambos cidadãos brasileiros, decidiram não "desperdiçar"... Eis um fato que precisa ser apurado!
>
> A comercialização de informações genéticas humanas não encontra respaldo ético, pois se em uma sociedade democrática cada pessoa não é dona de seus genes e não tem o direito de decidir sobre a sua intimidade genética, o que pode lhe restar de seu? O que concede a um governo ou parlamento o direito de comercializar as informações genéticas de alguém? E do conjunto da população? Como a pessoa ou a população poderão se defender de tamanha arbitrariedade? Após o ocorrido na Islândia, como ficam o respeito ao consentimento livre e esclarecido à confidencialidade dos dados e à competência para consentir? O governo islandês usurpou o direito e a competência para consentir de todo o povo, desrespeitando a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos.
>
> No mundo da genética, o DNA da população islandesa é muito cobiçado com base na suposição de ser um DNA "pouco mestiço", posto que houve pouca imigração de mil anos para cá, época da chegada dos vikings à Islândia. A DeCode, empresa norte-americana de biotecnologia, cujo dono é um islandês radicado nos EUA, comprou o direito de acesso ao DNA de toda a população do país. A negociata rendeu US$ 15 milhões ao governo e a promessa de que os islandeses receberão gratuitamente qualquer remédio obtido a partir dos dados da pesquisa dos registros médicos, árvores genealógicas e informações de testes genéticos de cada um dos 270 mil islandeses. Tão tenebrosa transação não se concretizou sem luta. Houve resistência popular e as discussões no parlamento duraram um ano. Isto é, o povo islandês fez a sua parte: não se rendeu sem luta, ainda que tenha sido débil. Na medida em que a maioria das pessoas leigas não compreende o inteiro teor das questões pertinentes à genética, normalmente a mobilização em torno do assunto não é grande.[110]

PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com
DEMO VERSION

---

[109] OLIVEIRA. Fátima. **Nossos genes nos pertencem! Bioética, feminismo e violência Genética.** Disponível em http://www.fase.org.br/projetos/vitrine/admin/Upload/1/File/Fatima_Oliveira.PDF. Acessado em 15 mar. 2010, às 18:20.

[110] Ibid., loc. cit..

A atitude do governo islandês denota que, mesmo não se tratando de economicamente miseráveis ribeirinhos, ou indignas que sequer sabem o que é um gene, toda a população, de um modo geral, encontra-se vulnerável ante as possibilidade da ciência e do poder do capital.

Ao trata de vulnerabilidade Garrafa e Prado consideram que adjetivo "vulnerável" encerra uma série de interpretações possíveis. Citando interpretações correntes a colocam como "o lado mais fraco de um assunto ou questão" ou "o ponto pelo qual alguém pode ser atacado, prejudicado ou ferido"[111].

Essa interpretação se aproxima da noção de vulnerabilidade em sentido adjetivo tratada por Maria do Céu que elegeu a vulnerabilidade como princípio, concebendo-lhe substantividade, além da adjetivação, de modo que a vulnerabilidade como princípio obriga, na sua acepção mais comum de característica particular, a proteção adequada dessa fragilidade acrescida, numa ação positiva que varia de acordo com as necessidades específicas em presença[112].

Na sua acepção mais ampla de condição universal, obriga ao reconhecimento de que todas as pessoas são de algum modo, vulneráveis, todas podendo ser feridas por outrem, pelo que todas exigindo respeito no seu modo de ser, numa ação negativa, no distanciamento ou abstenção de qualquer prejuízo, mas também positiva, na exigência do zelo, do cuidado, da solicitude para com a vulnerabilidade[113].

De acordo com essas interpretações, o significado usual de vulnerabilidade leva ao contexto de "fragilidade", "desproteção", "desfavor" (populações desfavorecidas) e, até mesmo, de "desamparo" ou "abandono". Dentro desse contexto, portanto, engloba formas diversas de exclusão ou alijamento de grupos populacionais aqueles fatos ou benefícios que possam estar acontecendo no processo desenvolvimentista mundial[114].

É importante compreende que até mesmo a própria Bioética principialista de certo modo também trabalha com a noção de vulnerabilidade, se consideramos a condição humana em geral frente às novas tecnologias. Todavia, o foco desta

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[111] GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro Machado do. **Mudanças na Declaração de Helsinki: Fundamentalismo Econômico, Imperialismo Ético e Controle Social.** In Direitos humanos e bioética. Maceió: EDUFAL. Org. George Sarmento, p.80, 2001.

[112] NEVES, Maria do Céu Patrão. **Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e principio.** In Bioética, Vulnerabilidade e Saúde. São Paulo: Idéias e Letras; São Camilo, 2007, p.42.

[113] Ibidem, p.42.

[114] GARRAFA, Volnei; PRADO, Mauro Machado do, op.cit, p.80.

pesquisa se volta para vulnerabilidade na esteira da Bioética Latino-Americana, uma vez que será trabalhado a questão da vulnerabilidade da população brasileira na realização dos contratos de plano de saúde e de emprego:

> É fato que os cidadãos dos países de Terceiro Mundo comumente encontram-se em situações de vulnerabilidade social, em nome da sua falta de poder político e educação formal, frutos da opressão e da pobreza, além de pouca familiaridade com as intervenções médicas – quando tal condição refere-se especificamente ao tratamento ou à pesquisa em saúde. A exclusão social impede, na maioria das vezes, o cumprimento do direito à vida, limitando o exercício da autonomia plena a qual todo cidadão tem direito.[115]

Para Emanulle Lins, a vulnerabilidade preenche todos os requisitos necessários a se conformar como um princípio bioético-jurídico, de modo que a sua proteção e superação deve constituir uma meta social a ser promovida e alcançada[116]. A autora chega a conclusão, partindo do mesmo conceito de princípio utilizado nesta dissertação, como normas *do-que-deve-ser*[117], o mandado de otimização de Alexy retro mencionado.

Assim podemos concluir que a vulnerabilidade pode se manifestar de diversas formas:

- a primeira como condição inerente ao homem, o animal que ao nascer necessita indubitavelmente de seus pares por um longo período para adquirir possibilidades de sobrevivência no plano biológico e social, seria uma vulnerabilidade ontológica;

- a segunda como característica decorrente do estado da pessoa ou da sua condição social, esta característica, relativa aos grupos sociais, se alarga em razão dos riscos em geral, agravados com o avanço tecnológico, com o modelo social adotado no mundo moderno e com falta de informação ou poder de decisão, que limita um individuo em determinadas situações;

- a terceira, como um verdadeiro princípio ético, que possibilitará a fundamentação de decisões em conflitos ético-jurídicos.

Partindo desta polissemia do conceito de vulnerabilidade, podemos concluir que esta se estende a todos que, por alguma razão, tem dificuldades ou estar impossibilitado de decidir, de modo que mesmo havendo autonomia, sob o viés jurídico, por outro ângulo ela não pode ser exercida, pois se encontraria

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[115] SCARPELLI, A. C. ; FERREIRA, E. F. ; , op.cit, p. 304.

[116] LINS, Emanulle. op.cit., p.147.

[117] Ibid., loc. cit.

obstaculizada pelas condições que geraram o desamparo, como bem asseveram Daisy Giffoni e Marlene Braz[118]. Logo, em países periféricos como o Brasil e os demais da América Latina, por exemplo, onde a vulnerabilidade denota sua manifestação coletiva, ante a diferença de acesso às oportunidades para exercícios de direitos[119].

Considerando a realidade social desses países, onde se avolumam as desigualdades, deve-se, como bem salienta Maria do Céu, com base no principio da vulnerabilidade, exigir que no âmbito das políticas de saúde e de investigação, que o benefício de alguns não seja alcançado pela exploração da fraqueza de outros, bem como a compreensão de que a melhoria do bem-estar de apenas alguns torna, afinal, os restantes marginalizados, ainda mais vulneráveis[120].

Dentro desta visão, ao mínimo tridimensional de vulnerabilidade, aliada a uma visão tridimensional de direito, excluindo o reducionismo promovido pelo positivismo jurídico, é que a presente pesquisa investigará como o direito à intimidade genética, ainda não previsto no patamar infraconstitucional, pode ser aplicado no Brasil, de modo a responsabilizar de modo objetivo ou subjetivo o seu violador, nas relações de consumo e de emprego, considerando a vulnerabilidade de um das partes contratantes.

3 - DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

3.1 – Direito à intimidade: delimitação conceitual.

O direito à intimidade encontra-se na primeira dimensão[121] dos direitos do homem, sendo considerado direito fundamental do cidadão e reconhecido pela

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION NOW

[118] MELLO, Daisy Giffony e BRAZ, Marlene. **Vulnerabilidade, autonomia e ética em pesquisa.** In Revista Brasileira de Bioética. Vol. 4, números 1 e 2, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2008, p.57.

[119] Ibid., loc. cit.

[120] NEVES, op.cit, p.44.

[121] Inicialmente costumou-se a classificar os direitos fundamentais em gerações, que servia para distinguir o momento histórico em que foram tutelados. Assim seriam de primeira geração os direitos individuais, de segunda os sociais, de terceira os coletivos e difusos e de quarta geração os das minorias ou novos direitos decorrentes da globalização, da informação, da democracia direta e das novas tecnologias. Ocorre que esta noção de "geração" poderia levar a uma equivocada interpretação de sobreposição ou de substituição de uma geração por outra criando uma ma falsa noção de hierarquia ou de maior valor ou ainda de superação de uma geração pela outra. Assim, atualmente tem se utilizado as idéia de que os direitos fundamentais se organizam em dimensões, o gera a noção de paralelismo, mais adequada em razão da coexistência extratemporal de tais direitos , ainda quando não justificados , além de melhor denotar a igualdade e indivisibilidade de tais direitos.

Organização das Nações Unidas (ONU) na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, aprovado em Assembléia Geral e em seu artigo 12 que assim exorta:

Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques.

Observa-se que o termo ingerência arbitrária denota a possibilidade de outras intromissões sem a arbitrariedade, em observância a outros direitos. Em sentido similar às disposições da ONU, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 11.2, dispõe que: "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação".

Podemos destacar, ainda, no plano internacional, a proteção à intimidade e à vida privada no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (nos artigos 14 e 17). A Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, celebrado em maio de 1967, em Estocolmo, quando o tema direito à intimidade foi abordado de forma ampla estabelecendo cinco possibilidades de ofensas, como bem salienta Dirley da Cunha[122]:

> [...] (1) penetração no retraimento e na solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-lo pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; (2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu circulo privado ou em circunstancias intimas ou penosas à sua moral; (3) audição de conversas provadas por interferências mecânicas de telefone, microfilmes dissimulados deliberadamente; (4) exploração do nome, identidade ou semelhança da pessoa sem o seu consentimento, utilização das falsas declarações, revelações de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e (5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas sub-repticiamente nas formas precedentes.

É importante destacar que o foco da presente dissertação é tratar o direito à intimidade apenas no âmbito da Constituição Federal de 1988, em razão de esta ter sido a primeira em âmbito nacional a conceder autonomia plena ao direito em comento, sendo que antes da promulgação da aludida Carta Constitucional, talvez

[122] CUNHA JUNIOR, op.cit, p.679.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

fosse possível o questionamento acerca da proteção à intimidade, pois esta derivava de uma construção jurisprudencial como ensina a doutrina de Silvio Rodrigues[123].

O constituinte pátrio de 1988 tratou do direito à intimidade no rol dos direitos e garantias fundamentais, assim exortando:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como bem observa Dirley da Cunha Junior[124] a Constituição de 1988 distinguiu o direito à intimidade separando-o dos demais direitos da personalidade, atribuindo-lhe caráter subjetivo autônomo. Neste sentido, diferentemente das Constituições anteriores, a Carta Magna de 1988 separa, expressamente, intimidade da privacidade, da honra e da imagem[125].

Embora legalmente expressa esta diferenciação entre privacidade e intimidade, não é incomum o uso inadequado dos termos, como se sinônimos fossem.

Um critério distintivo para que se evite incorrer em tal erro é adotar a compreensão de que o primeiro possui uma esfera de proteção menos específica que o segundo, ou seja, constitui nível de segredo menor, não estando diretamente e exclusivamente relacionado à pessoa, mas a um grupo, a sua vida em família, a sua vida no trabalho, ou com os amigos, possuindo um nível de segredo menor que a intimidade.

Para Mônica Aguiar o direito à privacidade não deve ser entendido como gênero de intimidade[126].

Para a autora o direito à vida privada deve ser apreendido como sendo a faculdade atribuída às pessoas físicas de excluir do conhecimento dos outros, além

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[123] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** vol. 1, 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.95.

[124] CUNHA JUNIOR, op.cit, p.678-679.

[125] DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,1989, p. 54.

[126] CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p36.

da família e amigos íntimos, sentimentos emoções, pensamentos, orientação sexual, valores espirituais próprios que revelam sua personalidade psíquica[127].

A autora conclui que a privacidade esta ligada à personalidade psíquica do homem e que ele permiti dividir com amigos íntimos e familiares, sendo que não necessariamente o fato de ser familiar ou amigo íntimo implicará em aptidão para o conhecimento das informações[128], ou seja, é necessário sempre o consentimento.

Mônica Aguiar sustenta que a intimidade encontra-se em um rol bem mais restrito, ou seja, uma maior exclusão do outro[129], por não serem em regra informações não apreensíveis até mesmo por aqueles que gozam da convivência familiar e quando descobertos implicam em maior consternação à pessoa.

O uso de apelidos no âmbito da família, que revelam facetas do individuo não conhecidas pelo público me geral estaria, por exemplo, no âmbito da privacidade[130], ao passo que, o não acesso a um diário onde alguém escreve sobre suas paixonites, portar determinada doença sexualmente transmissível, ou suas posições preferenciais quando da realização do ato sexual seriam exemplos direito à intimidade, devendo todos manter-se afastados de tais informações, até mesmo as pessoas muito próximas de sua vida, como seus pais.

Portanto, o direito à intimidade não se confunde com o direito a privacidade, uma vez que, o núcleo essencial que envolve a intimidade estaria a gozar de maior proteção contra a interferência exterior que a privacidade.

O direito à intimidade não se confunde com o direito à imagem. Imagem segundo Dirley da Cunha é a representação de alguma coisa ou pessoa pelo desenho, pintura, fotografia ou outro meio de atributos físicos, sendo o direito a imagem o resguardo desses aspectos físicos, que impede a sua divulgação[131], não autorizada.

Todavia, vale mencionar que esse direito à imagem de que trata o doutrinador é o direito á imagem retrato, sendo que também é possível visualizar o direito a imagem atributo, decorrente da visão que a sociedade tem em relação à pessoa e a seu comportamento.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[127] Ibid., loc. cit.

[128] CASTRO, op.cit, p.37.

[129] Ibidem, p.44.

[130] Ibidem, p.37.

[131] CUNHA JUNIOR, op.cit, p.681.

Assim, existe uma autonomia entre o direito à intimidade e o direito à imagem, pois, por exemplo, quando uma pessoa autoriza a divulgação de sua fotografia para realização de uma publicidade envolvendo uma campanha da fraternidade e a fotografia é utilizada para fazer divulgação de um produto alcoólico, viola-se o direito de imagem de alguém sem devassar sua intimidade.

O direito à intimidade também não se confunde com o direito à honra o qual visa a tutelar o conjunto de atributos concernentes à reputação e ao bom nome e a dignidade da pessoa[132], sendo um bem jurídico imaterial representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido[133].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgando os Recursos Especiais 200600280219 e 818764, analisando os limites da liberdade de informação, ante a divulgação de notícias falaciosas, também separou os conceitos honra e intimidade, demonstrando que ambos são autônomos e não se confundem.

Podemos, portanto, conceituar o direito à intimidade como um direito fundamental, subjetivo e autônomo, que realiza a defesa do seu titular contra as ingerências indevidas do Estado ou dos particulares em aspectos mais profundos da sua vida, os quais somente a este dizem respeito, ou aqueles a quem este deseje confidenciar, é um direito ao segredo, ou de estar só.

3.2 - Direito à intimidade genética.

Ao tratar de direito a intimidade e à vida privada, José Adércio Leite Sampaio, alerta que embora determinável em certo tempo e lugar, esse conteúdo estará sempre aberto a novas interpretações, acréscimos e reduções, acompanhando as intempéries, contingências, mutações, enfim, a própria evolução da história humana, sem que isso importe "fraqueza substancial"[134].

Neste diapasão, conclui o autor que o sentido do direito à intimidade é dinâmico, como dinâmica é a vida e mutável, como mutável é a compreensão humana de si mesmo e de seu devir[135].

---

[132] CUNHA JUNIOR, op.cit, p.681.

[133] CASTRO, op.cit, p.5.

[134] SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p.274.

[135] Ibid., loc. cit.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Para Sass, a contingência do mundo contemporâneo e o avanço tecnológico desmedido têm obrigado os juristas a deparar-se com temas oriundos de outras ciências, tais como a biologia, a engenharia genética, a informática e a política, frente aos quais lhes restam a incumbência de estabelecer conexões tendentes à resolução dos conflitos sociais. A tarefa, todavia, mostra-se árdua aos juristas, pois tais temas apresentam categorias de difícil manipulação. Em parte, esse impasse decorre do fato de que o Direito ainda não consegue desatrelar-se da tradição positivista, que o expõe como uma ciência autônoma e auto-referencial[136].

Ainda diante dos resquícios do positivismo, o direito à intimidade genética passa a ser cogitado a partir dos avanços da biotecnologia e da engenharia genética. A biotecnologia através do emprego de técnicas de engenharia genética maneja genes isolados perfeitamente identificados, nos quais são possíveis mutações em pontos concretos ou zonas especificas dos cromossomos para realizar mudanças no genoma.[137].

Hammerschmidt esclarece que o Projeto Genoma tinha como principal objetivo criar uma série de diagramas descritivos, os denominados mapas, de cada cromossomo humano com uma resolução cada vez mais apurada, com fins de determinar a seqüência de DNA de cada um dos fragmentos ordenados para encontrar todos os genes na seqüência de DNA entre eles aqueles que não são responsáveis pelas características hereditárias[138].

As novas e sofisticadas técnicas de seqüenciamento do DNA e de pesquisa genética, desenvolvidas recentemente, para Capra, evidenciam cada vez mais que os conceitos tradicionais do "determinismo genético" - entre os quais o conceito de programação genética e, talvez, o próprio conceito de gene - não correspondem à realidade e precisam ser radicalmente revistos[139].

Ocorre que tais descobertas podem representar um sério risco de violação do direito à intimidade:

> [...] el acceso al genoma humano abre perspectivas extraordinarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades de origen genético... al mismo tiempo que promete aportes altamente positivos, este conocimiento total del genoma crea riesgos enormes para la intimidad del individuo [...] El hombre, desde el momento mismo de su concepción, corre el riesgo de

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

[136] SASS, op.cit, p. 117-118.

[137] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.31.

[138] HAMMERSCHMIDT, op.cit. p.37-38.

[139] CAPRA, op.cit, 165.

> verse sometido a controles intolerables por parte del Estado o de otros individuos.[140]

O direito à intimidade genética simplificadamente definido é o direito que a pessoa possui de manter o Estado e os particulares afastados das suas informações genéticas.

É um direito que se evidencia com o desenvolvimento biotecnológico e a possibilidade de investigar os genes, em especial para verificação se há maior ou menor possibilidade de uma pessoa desenvolver uma doença como a diabetes, doença cardíaca, câncer ou a doença de Alzheimer.

Coaduna com o presente pensamento Mônica Aguiar para quem o direito intimidade genética, somente tornou-se possível, a partir da possibilidade de violação dos dados genótipos dos indivíduos, decorrente do avanço cientifico[141] no campo da genética.

Segundo Rodrigo Dias, o direito à privacidade genética, embora englobe uma série de questões inéditas, em razão da singularidade de tais informações, não se trata de um novo direito, mas sim de uma atualização das manifestações tradicionais do direito à privacidade[142].

Esta é uma das discussões a serem abordadas: o direito a intimidade genética decorreria do direito à intimidade, previsto no artigo 5º da CF/88, ou seria um novo direito de conteúdo próprio?

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 16 de outubro de 2003 garantiu que a manipulação de dados genéticos humanos somente poderá operar-se de acordo com a legislação interna, a qual deverá estar em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos[143], tendo o Brasil participado ativamente da elaboração da mencionada declaração.

---

[140] [...] O acesso ao genoma humano abre perspectivas extraordinárias para a prevenção e tratamento de doenças genéticas, enquanto promete contribuições altamente positivas, com o total conhecimento do genoma cria-se enormes riscos para a privacidade dos indivíduos [...] O homem, desde o momento da concepção, corre o risco de ser submetidos a controles intoleráveis por parte do Estado ou de outros indivíduos. In ANDORNO. Roberto; **Bioética Y Dignidad de La Persona.** Versión Española del proprio autor. Editorial Tecnos S.A, España, 1997, p.134.

[141] SILVA, Mônica Neves Aguiar**. *A* Proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana**: A Desigualdade em Razão da orientação Sexual. In Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org.: Rosmar Alencar. Porto Alegre. Nuria Fabris, 2008, p. 87.

[142]DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 140.

[143] O art. 12 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos assim preceitua: "quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteómicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras ações legais, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas in-vivo ou post mortem só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos."

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.vestcon.com

Vale ainda mencionar que o art. 5º, inciso "c" da Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos garante ao individuo cujos dados são coletados e/ou utilizados o direito de decidir por tomar conhecimento ou não a respeito do resultado da análise de suas informações genéticas[144].

Diante do novo paradigma pós-positivista, onde o direito que supera a vagueza dos princípios em favor de uma ampliação da proteção do ser humano, o que se denomina comumente na doutrina em geral de paradigma principiológico, podemos vislumbrar a proteção à intimidade genética no Brasil pela Constituição de 1988, nos §§1º ao 3º do art. 5º:

> Art. 5º [...]
>
> § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
>
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Analisando o § 1º do art. 5º da CF/88 verificamos que o constituinte conferiu aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que tem encontrado apoio doutrinário, em que pese às teses de necessária concretização pelo legislador:

> [...] afirmar que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tão somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presenução em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá da do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em que o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com a moderna dogmática constitucional transformadora[145].

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[144] SILVA, Mônica Aguiar Neves. **Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um Hábeas Genoma.** In DIDIER JR., Freddie; MAZZEI.Prova, Exame Médico e Presunção: o art. 232 do Código Civi.Salvador: Podivm, 2006, p. 203.

[145] CUNHA JUNIOR. op.cit, p.630.

Criou ainda o constituinte uma clausula geral aberta no § 2º do art. 5º, que vem sendo denominado pela doutrina como materialidade aberta dos direitos fundamentais ou inesgotabilidade dos direitos fundamentais, sendo inclusive adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Adin 939-7 (Min. Sydney Sanches, DJ de 18.03.1994, p.05165), na qual se discutiu a constitucionalidade da EC nº. 03/93 e da Lei Complementar nº. 77/93, referentemente à instituição do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu expressamente que o princípio da anterioridade tributária, previsto no art. 150, III, b, da CF/88, embora constando fora do catálogo expresso dos direitos fundamentais, constitui autêntico direito fundamental do contribuinte.

A luz da teoria da materialidade aberta dos direitos fundamentais, prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, nosso ordenamento permiti a proteção de novos direitos da personalidade como o da intimidade genética, seja pela aplicabilidade do direito internacional, seja por outras previsões constitucionais, que embora não incluídas no rol dos direitos e garantias fundamentais, materialmente o são.

Poder-se-ia, ainda vislumbrar a proteção à intimidade genética no Brasil através do inciso II do § 1º art. 225 da CF/88:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)
>
> **II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético**;(*grifamos*).

Por fim, o constituinte de 1988 conferiu status de normas constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos que aqui forem internalizados pelo Congresso Nacional nos moldes de Emenda Constitucional.

Esse posicionamento do constituinte nos §§1º ao 3º do art. 5º coaduna perfeitamente com o previsto no art. 4º, II, onde se estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos entes que rege a República Federativa do Brasil, isto calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, colocado como um dos

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

fundamentos da nossa nação, de modo que os tratados internacionais são considerados supralegais enquanto não internalizados, mas uma vez introduzidos no ordenamento imperiosamente deveriam seguir a inclinação constitucional para constituir-se na forma de Emenda Constitucional, vejamos:

Nesse passo, o devido processo legislativo, cuja objetivação deverá ser sempre encontrada nas normas constitucionais, aponta para a incondicional reverência às determinações que promanam do art.5º, § 3º, da Constituição de 1988, tornando simplesmente obrigatória a adoção do rito preconizado no preceptivo, sem que isso se converta em atentado à liberdade do legislador, pois é certo que a cláusula do devido processo legal atinge todos os domínios da vida do Estado, máxime para fazer com que a sua produção legislativa se dê estritamente em conformidade com as prescrições constitucionais.

E, se o art. 4º, inciso II da CF/88 impõe a prevalência dos direitos humanos e se, de outro tanto, tal prevalência, em sede de processo legislativo, objetivamente só ocorrerá a partir da tramitação do tratado por meio do procedimento inerente às emendas, resulta lógico que a iniciativa quanto à internalização de tratados sobre direitos humanos se dará exclusivamente por meio do procedimento fixado no art. 5º, § 3º/CF. Isso porque a liberdade do legislador não é absoluta, como, de resto, nada há de absoluto no sistema do direito positivo — e nem o direito à vida o é.[146]

No plano do direito comparado a Carta Européia dos Direitos Fundamentais em seu art. 13, assim como a Declaração Universal da UNESCO sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos no art. 12, prevêem o direito de liberdade de pesquisa, todavia, pela exegese do art. 10 do último documento, ora citado, apreende-se que este direito não poderá prevalecer sobre as liberdades fundamentais e sobre a dignidade humana dos indivíduos.

Logo após a II Guerra Mundial, o direito caminhou cada vez mais no sentido da aplicação direta dos princípios, permitindo ao intérprete uma maior flexibilidade para buscar a verdade real e valorizar a dignidade humana. No caso em tela, a legislação portuguesa prevê expressamente a proteção à intimidade genética, ao contrário da legislação brasileira, na qual demanda uma análise mais aprofundada para visualizar tal proteção.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[146] SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional ao trabalho da Prostituta**. In Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília, Ano XVIII — N. 36, Setembro, 2008, p. 21.

Em que pese à construção pela qual podemos visualizar o direito à intimidade genética através do direito internacional, combinado aos art. 1º, inciso III c/c art. 4º, inciso II, c/c art. 5º, §2º c/c art. 225, §1º, inciso III, todos da CF/88, nos parece mais lógico a luz do pensamento de Rodrigo Dias, de que o direito à intimidade genética não se trata de um novo direito, mas de uma nova manifestação do direito à intimidade, e não à privacidade como pontuou o autor, pelos motivos distintivos entre intimidade e privacidade já explicitados nesta dissertação.

Afirma-se, portanto, que no Brasil, caberia ampliar a interpretação do art. 5ª, inciso X da CF/88 para abraçar o direito à intimidade genética na resolução de conflitos. Neste novo quadro se retira os princípios do segundo plano, no qual se encontravam na escola exegética, altamente influenciada pelo pensamento iluminista, e afastando-se do pensamento kelseniano[147] que condicionava a validade da norma a sua positividade no ordenamento, apartando os valores do direito, de modo a visualizar um novo viés par o direito à intimidade, sem a necessidade obrigatória do termo "genética" para garantir a proteção.

O direito à intimidade é um direito individual, personalíssimo e sujeito à autonomia privada e a intimidade genética é conseqüentemente um dos direitos da personalidade da pessoa humana[148] implicitamente previsto na Constituição no art. 5º, inciso X, por ser espécie do primeiro.

O direito à intimidade genética pode ser então considerado uma espécie do direito à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, decorrente da evolução tecnológica e que encontra proteção ante a nova forma de conceber o direito na pós-modernidade.

Tese contrária defende Carlos Frederico Andrade, para quem, por ter um conteúdo próprio, o direito à intimidade genética não se confunde com o direito à intimidade, previsto no art. 5º, inciso X da CF/88 sendo necessária a conjugação deste com o § 2º do art. 5º e como o art. 225, § 1º, inciso II[149].

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[147] KELSEN, op.cit, p.140.

[148] A seqüenciação do DNA tem aberto a porta à investigação científica e dado lugar ao conhecimento de características de nosso organismo até agora ignoradas e ao descobrimento de terapias capazes de solucionar problemas que se acredita de difícil ou impossível solução. Por outro lado, o uso inadequado da informação genética pode gerar perigos e preconceitos diversos: o reducionismo e determinismo genético; a estigmatização e discriminação por condições genéticas, a eugenia e perda ou a diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso não autorizados nas esferas e conhecimentos reservados (HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética e Direito da Personalidade*. Curitba: Juruá, 2007).

[149] ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. **Direito à intimidade genética nas relações de emprego**, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.30.

O conteúdo próprio do direito à intimidade genética, em relação à intimidade, poderia ser visualizado à medida que, o primeiro estaria relacionado a uma prestação positiva, ou seja, de se exigir do Estado que providencie mecanismos que impossibilitem o não acesso por terceiros de dados genéticos de um indivíduo, sem autorização expressa deste, disponibilizando instrumento processual adequado para a defesa daquele que tiver tal direito violado, por ser o genoma humano o que nos define como ser humano e nos diferencia entre si, constituindo um fundamento objetivo da dignidade humana,[150] ou seja, um impõe um mister positivo para o Estado.

O direito à intimidade genética em sua dimensão negativa prevê a não violação pelo Estado ou pelos particulares das informações genéticas de alguém.

O direito à intimidade ao contrário exigiria apenas em regra, do Estado uma prestação negativa, ou seja, de isolar-se da curiosidade sobre a vida de outrem e mantê-lo, assim como aos demais, apartando-se da nudez, da religiosidade, a saúde e a orientação sexual[151].

Entretanto, esta diferenciação não nos parece suficiente para determinar uma diferenciação de conteúdo, mas, sim, de gênero/especificidade, uma vez que o direito à intimidade também clama do Estado proteção, talvez não específica, mas dentro da atual sistemática sua violação encontra no dever de indenizar, em razão do dano moral decorrente de lesão a direito da personalidade, uma ferramenta de proteção estatal.

Casabona parece adotar a tese ora sustentada, ao considerar que o direito à intimidade apresenta três âmbitos de proteção[152]: a primeira seria a intimidade reduzida ao próprio interessado, que controlará o grau da proteção, como permitir que sua família e seus amigos saibam os medicamentos que utiliza a revelação de deformidades, ou doenças não perceptíveis e outras situações que somente o convívio comum (familiar) poderia conceber.

A segunda face da manifestação do direito à intimidade está relacionada à confidencialidade de terceiros, como por exemplo, o dever de sigilo do advogado

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[150] MIGUEL, Carlos Ruiz. **Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación.** In Genética y derecho. A.A.V.V. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. p.37-38.

[151] SILVA, Mônica Neves Aguiar. **Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um Hábeas Genoma.** In DIDIER JR., Fredie e MAZZEI.Prova, Exame Médico e Presunção: o art. 232 do Código Civi.Salvador: Podivm, 2006, p. 202.

[152] CASABONA, op.cit, p. 85-86.

para com o cliente, do padre para com o fiel que confessa seus pecados, do psicólogo e do paciente, trata-se, portanto, do segredo profissional.

A terceira manifestação do direito à intimidade seria a relação de obtenção, processamento e uso de dados genéticos por meio dos avanços científicos na medicina, na informação e na comunicação, ou seja, onde se identifica a intimidade genética, o qual pertence à quarta dimensão dos direitos fundamentais.

Assim, concluí-se pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 como uma norma aplicável no Brasil para defesa da intimidade genética, como uma nova manifestação do direito à intimidade decorrente dos avanços na genética que possibilitaram acesso a este tipo de informação.

Cita-se, no plano jurisprudencial, analogamente, a Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo a qual em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. A mencionada Súmula ao tempo que protege o direito do investigante, invertendo o ônus da prova por meio de uma presunção, também protegeu o investigado, não permitindo que no plano civil o Estado viole a intimidade genética deste, ainda que em razão de uma demanda judicial de relevante interesse social como a paternidade e suas implicações.

É salutar que as normas que tratem de direitos da personalidade não sejam elaboradas em rol taxativo e exaustivo, pois, quando tratamos de direitos intrínsecos ao ser humano devemos permitir à proteção dos direitos, ainda não previstos, em razão da velocidade do avanço tecnológico em contraponto à lentidão própria do processo legislativo.

Lembremos que mesmo diante da pouca efetividade dos direitos fundamentais nos países marginais, politicamente correto, chamados de emergentes, ou em desenvolvimento, como o Brasil, o novo paradigma pós-positivista possibilitou a inclusão, em suas cartas constitucionais, de um rol significativo de direitos da personalidade.

Hammerschmidt[153] salienta estes direitos da personalidade possuem uma tipicidade aberta, podendo admitir outros direitos pertinentes que venham a ser arrolados pelo legislador, fugindo de uma perspectiva legalista de necessária

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[153] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.112

tipificação no ordenamento jurídico de cada Estado[154], o que implica, necessariamente, na emanação de novos direitos da personalidade através de princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, inciso III da CF/88.

Lima Neto conclui pela existência no Brasil de um direito geral da personalidade que emana deste princípio, de modo que a pessoa humana encontra-se protegida, com direito a um tratamento igualitário vedando-se a pratica de discriminação genética [155].

O direito fundamental ao sigilo genético, o qual se apreende do direito à intimidade genética, deve ser garantido de forma ampla, de modo que a pessoa possa decidir limitar a informação genética, não apenas para terceiros, mais inclusive para ela própria, ou seja, o segredo sobre a condição genética deve ser assegurado em relação ao próprio titular.

O direito retro citado não é somente aplicável aos terceiros, mas também a própria pessoa, pois em determinadas situações o segredo sobre a condição genética deve ser assegurado em relação ao próprio titular.

Há casos onde a violação do segredo genético pode trazer diversas conseqüências maléficas àquele que tivera sua intimidade genética devassada. No caso, por exemplo, de alguém que carrega em seu código da vida o gene da *doença de huntington*[156], o conhecimento desta poderá implicar em uma depressão profunda, que acelere inclusive a morte do titular, ou colocá-lo no âmbito discriminatório[157] sendo que talvez a doença nunca venha a se manifestar, de modo que lhe deve ser assegurado o direito de não saber.

Este direito de decidir sobre o "não saber" como salienta Carlos María Romeo Casabona[158] pode, em uma análise primeira, parecer bastante não solidário, posto que impede a antecipação do tratamento de familiares que, futuramente, possam desenvolver enfermidades de origem genética.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[154] LARENZ Apud HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.114.

[155] NETO, op.cit, p.23.

[156] A *doença de huntington* implica que seu portador a partir de determinado momento de sua vida, na fase adulta, sofrerá degeneração progressiva do cérebro, por um período de dez a quinze anos e morrerá.

[157] ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - Professor Mário de Figueiredo Barbosa. n.19. Salvador, 2009, p. 26.

[158] CASABONA. **Del gen al derecho**, op.cit, p. 91.

Entretanto, no caso da *doença de huntington,* a preservação da intimidade genética, afasta um princípio igualmente válido, o da solidariedade, para sua prevalência em decorrência da sua melhor aplicabilidade ao caso, posto que podem os demais familiares, se quiserem, realizar o teste, não sendo razoável exigir de alguém que tome conhecimento de algo que poderá acarretar-lhe significativo prejuízo, em prol da sua família, a qual possui outras possibilidades de obter o resultado desejado, sem conceder a um ente fardo tão pesado.

Logo, o direito à intimidade genética é subjetivo, é da pessoa, em tomar conhecimento pessoal ou não de suas informações genéticas. Obviamente verifica-se que a divulgação destes dados a terceiros e até mesma ao indivíduo, sem expressa autorização, livre, consciente e informada, do fornecedor dos dados genéticos constitui nítida violação ao direito à intimidade genética, violando, por conseguinte o princípio da dignidade humana.

Analisando o direito da pessoa, em tomar conhecimento pessoal ou não de sua singularidade genética, obviamente, verifica-se que a divulgação destes dados a terceiros, sem expressa autorização, livre, consciente e informada, do fornecedor dos dados genéticos, constitui nítida violação ao direito à intimidade genética, atingindo a dignidade humana. Não é, portanto, a priori possível imaginar que se permita a quebra do sigilo genético de alguém para fins eminentemente econômicos, como a contratação ou dispensa de empregado ou em relações de consumo em contratos de plano de saúde.

3.3 – Uma visão macrobioética do direito à intimidade genética.

Em muitos países periféricos, ainda aqueles ditos emergentes, as instituições constitucionais básicas como os direitos fundamentais, sejam civis, políticos ou sociais ainda não se encontram efetivados, de modo que falar-se em direito à intimidade genética, intrinsecamente, ligado à microbioética, pode parecer incipiente quando significativa parcela da população ainda encontra dificuldade de alimentação, moradia, educação e saúde básica, ao passo que os direitos de quarta dimensão ainda não encontram justificação nas diversas ordens jurídicas.

Com efeito, questões envolvendo a microbioética possuem uma natureza mais elitista e individualista, como a escolha do sexo dos filhos, encontrando um

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

grande arcabouço em países economicamente desenvolvidos, como, por exemplo, os Estados Unidos, com já analisado.

Por isso, Garrido, seguindo o entendimento de Pessini e Barchifontaine, a Bioética da America Latina deve entrar em contato com a pobreza e com a exclusão social, em uma aproximação da macrobioética, em contraponto aos países desenvolvidos, onde a Bioética fixou-se, quase que exclusivamente, nas questões de ordem individualista, ligadas aos avanços da tecnologia, em especial na medicina, principalmente no que tange às pesquisas envolvendo seres humanos[159].

É notório que no Brasil encontrar-se-á maior clamor social e utilidade prática atual na discussão sobre o acesso às tecnologias e aos recursos médicos, todavia questões micros, como a intimidade genética, podem reverter-se em questões macros, quando sua violação apresentar implicações no âmbito das relações de trabalho ou de consumo, constituindo com mais um ente de marginalização e exclusão social, principalmente diante do paradigma produtivo e econômico-subjetivo do Capitalismo Mundial Integrado (CMI)[160] do qual trata Guattari.

Em verdade, a modernidade não cumpriu sua meta de trazer felicidade ao homem através da racionalidade, mas, ao contrário o coisificou. A conseqüência é a falência das promessas de liberdade, de igualdade e de progresso acessíveis a todos, o que gerou a desconfiança de todo discurso unificante, o que se tornou arco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, multifacetada, fluída e plural[161].

Guattari ao defender a ampliação da noção de interesse pelo coletivo, em uma perspectiva de mudanças sociais, em longo prazo, com base em uma ecosofia[162] prática e especulativa, ético-política e estética que substituiria as antigas formas de engajamento religioso, político e associativo, sob pena de não haver mais história humana, ante a humanidade não assumir radicalmente a si mesma[163].

O pensamento de Guattari representa uma aproximação ao pensamento da doutrinadora Maria do Céu, pois ambos convergem para a noção de prevalência do

[159] GARRIDO, op.cit, p.9.

[160] GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias.** 11ª ed. Tradução Maria Cristina F.Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990, p.14-15.

[161] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor,** op. cit, p.17.

[162] Para Guittari a ecosofia é uma articulação ético-política entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana). In: GUATTARI, op.cit, p.8.

[163] GUATTARI, op.cit, p.51 et seq

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

interesse coletivo sobre o individual, o que a priori parece conflitante com o direito à intimidade genética, cujo conteúdo, em análise rasteira, teria cunho individualista, mas em países de elevadas desigualdades sociais o uso desenfreado da informação genética pode implicar em uma verdadeira geração de novos excluídos, o bolsão dos geneticamente inviáveis, contribuindo ainda mais para diminuição da estima e alimentação de preconceitos.

A intimidade genética, embora direito individual, no Brasil ou em outros países marginais, deve passar, não pela noção individualista, mas pela coletiva e difusa, buscando-se evitar a criação de um novo rol de marginais: o geneticamente reprovados nas relações de emprego e de consumo principalmente. Concorda-se, assim, com a doutrinadora Maria do Céu no sentido de exigir que as políticas nacionais, internacionais e de poderes econômicos multinacionais como, por exemplo, os das bioindústrias, não criem agravantes da vulnerabilidade humana, mas antes a procurem eliminar na medida do possível e respeitar no que escapa ao seu alcance.[164]

3.4 – Possibilidades de conflitos com o direito à pesquisa.

O art. 13 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos prevê a possibilidade de acesso aos dados genéticos apenas quando houver uma completa dissociação da pessoa da qual procede ou em casos de interesse público, para preservação da ordem, questões de saúde ou seguridade social.

Verifica-se que, para o direito internacional, o direito à intimidade genética não é absoluto e como todos os outros direitos fundamentais encontram-se limitados por outros direitos igualmente fundamentais, podendo ceder espaço quando presente outro direito de igual relevância. A problemática se instala em saber exatamente o que é realmente interesse público, ou que é interesse do público, do Estado, ou das grandes corporações de biotecnologia a serviço do lucro a qualquer custo.

O art. 14, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos assim pontua:

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[164] NEVES, Maria do Céu Patrão, op.cit, p. 44.

> Los estados deberiam esforzarse por proteger la privacidad de las personas y confidencialidad de los dados genéticos humanos asociados com uma persona, uma família o, in su caso, um grupo indentificables, de conformidad com el derecho interno compatible com el derecho internanacional relativo a los derechos humanos[165].

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos prevê que o direito interno deverá regular a questão da privacidade e confidencialidade dos dados genéticos, obviamente respeitando os direitos humanos.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO estabeleceu que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos podem ser tratados e utilizados para os seguintes fins:

a) diagnóstico e assistência sanitária (inclusive provas de análise preditiva);

b) investigação médica e outras formas de investigação científica, compreendidos os estudos epidemiológicos, em especial os de genética da população assim como os estudos de caráter antropológico e arqueológico;

c) medicina forense e procedimentos civis ou penais ou outras atuações legais;

d) qualquer outro fim compatível com a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Em caso de colisão do direito à intimidade genética com outros direitos poderá ser utilizada a ponderação de interesses para harmonizar direitos igualmente fundamentais aparentemente conflitantes, de modo que não se pode falar em inexistência de um ou de outro direito, ou de supremacia de um sobre o outro, mas o devido afastamento de um destes direitos.

Côngrua com este pensamento Petterle que ao tratar do direito a identidade genética afirma que este pode colidir com outros direitos igualmente fundamentais, como por exemplo, a liberdade de pesquisa e a saúde[166].

A autora retro mencionada trabalha com a teoria da ponderação de interesses para harmonizar direitos igualmente fundamentais aparentemente

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[165] Os Estados devem esforçar-se para proteger a privacidade e confidencialidade dos dados genéticos humanos, da pessoa, da família, ou, no caso, dos grupos identificáveis, nos termos do direito interno, com base no direito internanacional relativo aos direitos humanos. Tradução Livre do artigo 14 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.

[166] PETTERLE, op.cit, p.147.

conflitantes, de modo que não se fala em inexistência de um ou de outro direito, ou de supremacia de um sobre o outro, mas o devido afastamento de um destes direitos, em favor do outro, que possui maior peso no caso concreto, de acordo com uma hermenêutica adequada a uma sociedade plural.

No Brasil a liberdade de pesquisa encontra-se prevista de forma geral no art. 5º, IX da CF/88 como direito fundamental a liberdade de expressão e criação científica, e de forma específica no art. 218, onde se prevê que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. Tais dispositivos devem ser harmonizados com o direito a intimidade genética, por serem todos eles significativamente relevantes para a humanidade.

A tecnologia impulsionada pela crença amplificou exponencialmente a assimetria de poder desde o pós-guerra, com defende Garrafa, tornando as relações totalmente desiguais. O autor salienta que saber e poder, associados, instituíram a "Santíssima Trindade" da nova crença imposta pela minoria dominante (os donos do capital). Para Garrafa o saber, a ciência, é o Pai. O poder, a tecnologia, é o Filho corporificado nos artefatos tecnológicos que transformam, maravilham e atemorizam o cotidiano. E o Espírito Santo é a mão invisível que entre eles toca, com as garras do sistema econômico, os corpos e os espíritos[167].

São inegáveis os benévolos trazidos pelas pesquisas científicas que em muito ajudaram a melhorar a expectativa de vida do ser humano, malgrado, o perigo, como alerta Garrafa, é "deusificar" a ciência fazendo uma associação entre a eficácia e o bem, e entre a ciência e a verdade, pois esta sistemática sustenta a exploração do sistema econômico e a opressão política.

Ainda ponderando todas as necessidades e prioridades existentes no Brasil, decorrentes da pouca efetividade dos direitos de segunda dimensão, devemos nos preocupar também, sim, com a possibilidade de discriminação genética, pois corre-se o risco de que a exemplo do caso das células tronco-embrionarios, nos tornamos o paraíso da pesquisa, da experimentação e da invasão de intimidade genética, vindo a gozar muito pouco dos eventuais benévolos que tragam tais experimentos.

Portanto, seguindo o dispositivo do art. 13 da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, o direito à pesquisa científica não pode constituir um agente limitador do direito à intimidade genética, devendo a pesquisa ser realizada

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

[167] GARRAFA; PORTO, op.cit, p. 43.

apenas em caso de interesse público, com uma completa dissociação da pessoa doadora da informação genética cuja permissão deve ser dada de forma livre, esclarecida e consciente, onde não se utilize a vulnerabilidade do doador.

3.5 - O direito à intimidade genética nos Estados Unidos e na Europa.

Nos Estados Unidos, criou-se uma nova lei federal que protege os americanos contra tratamento discriminatório em decorrência das suas diferenças de DNA, que possam afetar a sua saúde. A *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA) assinada pelo presidente ianque em 21 de maio de 2008 vedou a discriminação genética nos contratos de seguro saúde e nas relações de emprego.

Embora, diversos estados americanos já possuíssem algum tipo de legislação sobre o tema, a lei era necessária para ajudar a aliviar as preocupações sobre a possível discriminação genética, que afastavam os norte-americanos dos testes genéticos, os quais poderiam beneficiar sua saúde, com a detecção antecipada de doenças que possivelmente poderiam vir a se desenvolver no futuro, e assim antecipar o seu tratamento, até mesmo, em alguns casos, com práticas simples como mudança de hábitos alimentares e realização de exercícios físicos.

A lei também permitiu que as pessoas participassem em estudos de investigação científica, sem o medo de que suas informações genéticas fossem posteriormente usadas contra eles no seguro de saúde ou o ambiente de trabalho, hipóteses mais prováveis de discriminação genética.

A Resolução ECOSOC 2004/9 - *Genetic privacy and non-discrimination* (Privacidade Genética e da não discriminação) determina que *os* Estados devem garantir que ninguém será submetido a discriminação baseada em informação genética, alertando que estes devem proteger a privacidade das pessoas sujeitas a testes genéticos para assegurar que os mesmos e o subsequente

O uso, o processamento e o armazenamento de dados genéticos humanos devem ser feitos com o prévio, informado e livre consentimento expresso do indivíduo ou autorização obtida na forma prescrita pela lei, de acordo com direito internacional, incluindo o direito internacional dos direitos humanos, e garantir que as limitações do princípio do consentimento sejam prescritas apenas por razões imperiosas, como a medicina forense e jurídica relacionada processos pela

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

legislação nacional em conformidade com o direito internacional, incluindo novamente os direitos humanos.

A recomendação mencionada exorta aos Estados para que tomem medidas específicas, inclusive através de legislação, para evitar o mau uso dos recursos genéticos, evitando a ocorrência de qualquer discriminação ou estigmatização de indivíduos, membros das suas famílias ou grupos em todas as áreas, particularmente em matéria de seguros, emprego, educação e outras áreas da vida social, seja no público, ou no setor privado.

A recomendação parece estar surtindo o efeito próximo do esperado. Podemos, ainda, em sede de direito comparado, citar a Lei 12 de 2005 de Portugal que dispõe sobre testes genéticos:

> Artigo 6.o
>
> Informação genética
>
> 1 — A informação genética é a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo, excluindo-se desta definição
>
> a informação derivada de testes de parentesco ou estudos de zigotia em gémeos, dos estudos de identificação genética para fins criminais, bem como do estudo das mutações genéticas somáticas no cancro.
>
> 2 — A informação genética pode ser resultado da realização de testes genéticos por meios de biologia molecular, mas também de testes citogenéticos, bioquímicos, fisiológicos ou imagiológicos, ou da simples recolha de informação familiar, registada sob a forma de uma árvore familiar ou outra, cada um dos quais pode, por si só, enunciar o estatuto genético de uma pessoa e seus familiares.
>
> 3 — A informação genética reveste natureza médica apenas quando se destina a ser utilizada nas prestações de cuidados ou tratamentos de saúde, no contexto da confirmação ou exclusão de um diagnóstico clínico, no contexto de diagnóstico pré-natal ou diagnóstico pré--implantatório ou no da farmacogenética, excluindo-se, pois, a informação de testes preditivos para predisposições a doenças comuns e pré-sintomáticos para doenças monogénicas.
>
> 4 — A informação genética que não tenha implicações imediatas para o estado de saúde actual, tal como a resultante de testes de paternidade, de estudos de zigotia em gémeos, e a de testes preditivos — com a excepção de testes genéticos para resposta a medicamentos —, de heterozigotia, pré-sintomáticos, pré-natais ou pré-implantatórios não pode ser incluída no processo clínico, salvo no caso de consultas ou serviços de genética médica com arquivos próprios e separados.
>
> 5 — Os processos clínicos de consultas ou serviços de genética médica não podem ser acedidos, facultados ou consultados por médicos, outros profissionais de saúde ou funcionários de outros serviços da mesma instituição ou outras instituições do sistema de saúde no caso de conterem informação genética sobre pessoas saudáveis.
>
> 6 — A informação genética deve ser objecto de medidas legislativas e administrativas de protecção reforçada em termos de acesso, segurança e confidencialidade.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

> 7 — A utilização de informação genética é um acto entre o seu titular e o médico, que é sujeito às regras deontológicas de sigilo profissional dos médicos e dos restantes profissionais de saúde.
>
> 8 — A existência de vínculo laboral ou outro entre o médico ou outro profissional de saúde e qualquer actividade, incluindo companhias de seguros, entidades profissionais ou fornecedores de quaisquer bens ou serviços, não justifica qualquer diminuição aos deveres de segredo que sobre aqueles impendem.
>
> 9 — Os cidadãos têm o direito de saber se um processo clínico, ficheiro ou registo médico ou de investigação contém informação genética sobre eles próprios e a sua família e de conhecer as finalidades e usos dessa informação, a forma como é armazenada e os prazos da sua conservação.

O *Bundestag* (câmara baixa do Parlamento alemão) recentemente aprovou legislação sobre os testes genéticos subordinando-os à esfera médica os exames que impliquem uma ingerência séria no direito à autodeterminação e que afetem toda a vida da pessoa implicada.

Foram proibidos, na Alemanha, os testes genéticos que visam meramente a verificar o sexo da criança e os voltados para diagnóstico de doenças que só se manifestam na idade adulta, como o câncer de mama ou a doença de *huntington*.

Ficaram vedados no país germânico os testes genéticos para contratação de empregados, desde que não haja interesse médico e de segurança, como, por exemplo, nas hipóteses de sensibilidade a determinadas substâncias químicas ou a capacidade de um eletricista ou motorista de distinguir cores.

Vedaram-se também testes genéticos para os novos contratos de seguro saúde, sendo que nesta última hipótese os testes já realizados podem ser exigidos de clientes cuja indenização a ser paga supere 300 (trezentos) mil euros, o que indicou certa vitória das operadoras de seguro, ante o critério eminentemente econômico da decisão.

Todavia, como discutido ao tratarmos das relações de trabalho é importante estar atento aos abusos aos direitos fundamentais, especialmente quando se utilizam do manto do interesse público. Em 2008, por exemplo, entrou em vigor na Europa o *e-pass* - passe eletrônico – que contem dados genéticos que possibilitam rapidamente a identificação do portador.

A fundamentação para criação de um sistema de identificação com bases em dados genéticos se deu com base na questão da segurança pública, ou seja, o pretexto do terrorismo, que tem servido para fundamentar diversas violações a direitos civis historicamente consagrados. Casabona alerta que medidas coercitivas,

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

que visam primar os interesses da coletividade em desfavor do interesse individual em muito se aproxima da eugenia[168].

O passaporte eletrônico europeu trabalha com princípios da Biometria. Em geral, a identificação por DNA não é considerada, ainda, uma tecnologia biométrica de reconhecimento, principalmente por não ser ainda um processo automatizado (demora algumas horas para se criar uma identificação por DNA).

O Parecer 3/2005[169] sustentou que a introdução de dispositivos biométricos nos passaportes terá conseqüências muito importantes para os titulares dos passaportes. Daí que isso não possa ser feito sem uma devida avaliação dos diferentes impactos na intimidade.

Até aquele momento era adequado ter uma descrição de alguns dos dados biométricos nos passaportes, ou noutros documentos de viagem, tais como uma fotografia, a indicação do sexo, da altura, ou da cor dos olhos. Após a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2252/2004 do Conselho os cidadãos europeus teriam que fornecer dados biométricos num formato digital. Estes dados podem ser armazenados em bases de dados e podem ser disponibilizados para uma série de objetivos não previsíveis.

O mencionado parecer alertou para os riscos éticos do uso de dispositivos biométricos em passaportes defendendo que a existência de procedimentos de reserva para oferecer as garantias essenciais para a introdução da biometria, já que esta não está acessível a todos, nem é absolutamente exata.

Alertou, ainda, que os procedimentos deveriam ser aplicados e utilizados para respeitar a dignidade das pessoas que não podem seguir devidamente o processo de inscrição e evitar que se transfira para essas pessoas o ônus das imperfeições do sistema.

Um importante aspecto levantado no Parecer 3/2005 foi que as instituições governamentais e outras entidades públicas poderão recolher e armazenar um número elevado de informações sensíveis sobre os seus cidadãos. Foi explanado que a recolha de dados biométricos significaria recolher dados do corpo de uma

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[168] CASABONA, C. M.Romeo **Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas** In: (Ed.). La Eugenesia Hoy. Granada: Comares,1999, p.13.

[169] Parecer 3/2005 sobre a aplicação do Regulamento (CE) n.º 2252/2004 do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que estabelece normas para os dispositivos de segurança e dados biométricos dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros da EU, publicado em - *Jornal Oficial L 385, de 29/12/2004, p. 1-6*.

pessoa, em especial no caso das impressões digitais até então aplicável em casos de criminalidade.

A questão levantada no parecer ao final foi: estão os cidadãos europeus preparados para dar as suas impressões digitais para outros fins?

Outras preocupações foram levantadas como a dificuldade de prova da identidade, nomeadamente os imigrantes, podem ser visados, injustamente, no âmbito de tal sistema, ainda a possibilidade de pessoas com deficiência, que não possa efetuar teste de biometria podem ser estigmatizada e a exposição de informação de ordem médica.

A Resolução da Conferência Internacional sobre proteção de dados e privacidade em 16 de Setembro de 2005, na 27.ª Conferência Internacional sobre proteção de dados e privacidade, que ocorreu em Montreux, chamou a atenção para o fato de a utilização generalizada da biometria causar um impacto profundo na sociedade global, apelando para:

a) criação de garantias eficazes a aplicar numa fase inicial para limitar os riscos inerentes à natureza da biometria;

b) uma distinção rigorosa entre dados biométricos recolhidos e armazenados para fins públicos (por exemplo, controlo fronteiriço), com base nas obrigações legais, e para fins contratuais, com base no consentimento;

c) e por fim a restrição técnica da utilização da biometria em passaportes e bilhetes de identidade para efeitos de verificação, em que se comparam os dados no documento com os dados apresentados pelo titular quando apresenta o documento.

A postura européia em adotar este tipo de controle na movimentação das pessoas anda, justamente, em passo contrário, ao aumento da consciência ecológica e dos direitos humanos, representada pelo aumento no consumo de produtos ditos limpos e do aumento da representatividade dos partidos ditos verdes nos parlamentos, além dos inúmeros dispositivos normativos para proteção da dignidade humana.

Esse descompasso entre discurso e prática, e entre a uma prática e outra prática, é um fenômeno típico do que a doutrina chama de equívoco ecológico:

> O desenvolvimento das manipulações genéticas, a fabricação de partes da natureza em bolhas de vidro, asseptizadas e prontas a serem consumidas como lazer, ou então, ainda, a multiplicação dos controles ecológicos desde o espaço são os índices mais recentes, e ao mesmo tempo mais evocativos, dessa via pós-industrial. [...] historicamente a ecologia: [...] sempre se encarregou de defender, contra o cosmopolitismo, as

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.verint-online.de

> particularidades de identidade e territoriais. [...] a ecologia poderia então ser tentada a voltar-se para estas mitologias, tradicionalistas, mas ainda bem vigoradas. Desta forma, ela acompanharia o crescimento dos nacionalistas autoritários, da xenofobia e do racismo. O fato de que, em muitos países da Europa, a extrema-direita busque hoje se anexar à ecologia, deve causar menos medo do que conduzir os ecologistas a uma maior vigilância e a não perder de vista as aspirações universalistas que se expressam pela busca de uma cidadania planetária[170]

Portanto, verifica-se que as contradições não foram superadas pelo uso da razão, apregoada pelo projeto da modernidade como porto seguro e solução de todos os males que levaria o homem à felicidade, desde que este se desapegasse da fé (irracional) que movia o mundo teocêntrico. Pelo contrário, ante aos diversos institutos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico, avançam práticas discriminatórias, de forma camuflada, seja no véu da segurança, do interesse público e do bem da coletividade.

4 – VULNERABILIDADE E DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

4.1 – Determinismo genético.

O atual estágio da genética cria perturbações aos tradicionais conceitos de pai, mãe, filho, masculino, feminino, interferindo na organização da família e da sociedade como um todo, fazendo reclamar um intervenção política, que, como previram Morin e Kern, fazem com que tais institutos passem a ser normatizados pelo poder político, que dispõe de poder de manipular o poder de manipulação[171].

Os estudos sobre o genoma humano normalmente indicam que se atrelam a diagnósticos genéticos essenciais para realização de uma medicina preditiva, mas resta inequívoca a possibilidade da mercantilização do genoma humano.

Ademais, ainda existe a possibilidade de uma nova eugenia, pois a história da humanidade está repleta de exemplos que demonstram a tentativa do homem em tentar melhorar-se, verificando-se uma constante preocupação, em especial com a descendência[172], o que de certo modo retoma a questão da necessidade de

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[170] ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. **O Equívoco Ecológico: Riscos Políticos da Inconseqüência.** Tradução Lúcia Jahn. São Paulo: Brasiliense, 1992.p10-12.

[171] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 4ª ed. 2003, p.236.

[172] CASABONA. **Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas,** op.cit, p.3.

infinitude do ser humano que vê na sua prole a sua perpetuação diante da impossibilidade de compreender e vencer a morte:

> Las posibilidades próximas de intervenciones en los genes humanos abren las puertas e la prevención, tratamiento y tal vez erradicación de graves enfermedades hereditarias hasta hoy incurables, pero también a la mejora o perfección de algunos rasgos biológicos mediante procedimientos de selección de genes, respecto a lo cual se percibe ya el temor de que se utilice con fines raciales, de selección o incluso creación de supuestas nuevas razas [173]

Criou-se um verdadeiro endeusamento do gene, de forma a tratá-los como agentes determinantes de tudo que acontece na vida do ser humano, em uma visão extremamente reducionista[174] e equivocada, principalmente por não considerar a interação ambiental.

A crença no "DNA ditador" e no "gene egoísta" desvia o foco da verdade básica – o holismo da natureza – e resulta em estigmatização, invasão da privacidade, diminuição da auto-estima, aumento de preconceitos e discriminações, temas para análises apuradas, pois dizem respeito ao direito de decidir e à maternidade voluntária, essências do exercício da cidadania[175]

Esse “determinismo genético” que praticamente retira as possibilidades das interferências externas (ambiente físico e social) colocando os genes como os determinadores principais da saúde ou da doença e das variações das características humanas tais como, o comportamento, a inteligência, a orientação sexual e o status social, implica em uma discriminação de indivíduos por causa de suas características genéticas. Capra levanta interessante contraponto ao determinismo:

O determinismo genético tem sido o paradigma dominante na biologia molecular desde há quarenta anos, no decorrer dos quais deu origem a um bom número de poderosas metáforas. O DNA costuma ser chamado de "programa" ou "projeto" genético do organismo, ou mesmo de "livro da vida", e o código genético

---

[173]As intervenções próxima potencial em genes humanos abre a porta eo tratamento, prevenção e erradicação de grave, talvez até incuráveis doenças hereditárias, mas também para a melhoria ou perfeição de algumas características biológicas através de procedimentos de seleção de genes que diz respeito à que é visto como um medo que a raça é utilizado para fins de seleção ou até mesmo suposta criação de novas raças. Tradução Livre. In: CASABONA. **Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas,** op.cit, p.4.

[174] “ Reducionismo genético” é uma concepção pseudocientífica que afirma que os genes são capazes de explicar completamente as características dos organismos vivos, inclusive dos seres humanos. Em particular, essa concepção carrega a noção de que variações em características como a saúde e o comportamento, organização e atividades sociais sejam explicadas primariamente pelos genes, com um papel muito pequeno atribuído ao ambiente. Em resumo, o reducionismo apregoa que os fenômenos humanos podem ser reduzidos às estruturas moleculares que chamamos de genes. Disponível em: http://www.forumsocialmundial.org.br/dinamic.php?pagina=of_genetica_hcpoa_po

[175] OLIVEIRA. Fátima**. Indagações e reflexões feministas sobre o Projeto Genoma Humano**. Disponível em: http://www.eclac.org/mujer/noticias/noticias/0/8260/fatima_oliveira.pdf. Acesso em 12 mar. 2010, às 12:35.

DEMO VERSION
ORDER FULL
www.pridriver.com

seria a "linguagem universal da vida". Segundo o biólogo molecular Richard Strohman, a falácia básica do determinismo genético está numa confusão de níveis. Uma teoria que, pelo menos a princípio, funcionava bem para a compreensão do código genético - o modo pelo qual os genes contêm as informações necessárias para a produção de proteínas - transformou-se numa teoria geral da vida, sendo os genes concebidos como agentes causais de todos os fenômenos biológicos.[176]

Capra sustenta que não são somente os genes determinam o desenvolvimento de um indivíduo, seja no âmbito biológico, ou seja, no âmbito que diz respeito à formação de uma personalidade humana, que seria sempre única e singular, decorrendo de certas experiências de vida[177].

Para isso, exemplifica que os gêmeos idênticos são muito mais semelhantes entre si, do ponto de vista genético, do que um organismo clonado é semelhante ao doador de seus genes e mesmo assim suas personalidades e histórias de vida são, em geral, bastante diferentes, apesar dos esforços de muitos pais para reforçar as semelhanças[178].

Coaduna com este entendimento Guido Barbujani, que após traçar um perfil da evolução histórica do pensamento sobre a diversidade das espécies, salienta que em seu conjunto a diversidade humana, a soma das diferenças entre os membros da nossa espécie depende em parte da diversidade genética e em parte dos fatores que denominou de ambientais e culturais, por ausência de melhor termo[179].

Barbujani defende que os genes, de certo modo, estabelecem limites, em especial nas questões hereditárias, mas aponta que são limites relativamente amplos e exemplifica que algumas pessoas por questões genéticas são propensas a viverem mais do que outras, porque seu sistema circulatório sofre menor impacto em uma dieta gordurosa, mas qualquer pessoa, ainda que não dentro deste perfil genético poderá aumentar seu tempo médio de vida tomando cuidados com a alimentação e praticando atividades físicas[180].

Entretanto, a forma de interpretar as pesquisas envolvendo o genoma humano, muitas vezes, leva a produção da discriminação, privilegia-se a mínima

[176] CAPRA, op.cit, 171.

[177] Ibidem, p.182.

[178] Ibid., loc. cit.

[179] BARBUJANI, Guido. A invenção das raças. Existem mesmo raças humanas? Diversidade e preconceito racial. São Paulo: Contexto. 2007, p.47.

[180] BARBUJANI, op.cit, p. 48.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

diferença, em desfavor da quase total igualdade, criando um fatalismo genético inaceitável.

Como salienta Barbujani, atribuem-se a fatores congênitos o alcoolismo e as doenças circulatórias dos nativos australianos e norte-americanos das grandes cidades, de modo que fica em realce os aspectos médico, não o aspecto social do problema[181].

O determinismo genético, além de não possuir bases sólidas, cientificamente falando, ainda atua como mais um agente de segregação, uma vez que pode ser utilizado para justificar a oneração de preços em seguros de saúde e eliminação de pessoas em fase pré-contratual da relação de emprego.

4.2 – Contratos de Seguro Saúde (Planos de Saúde).

Os contratos de seguro saúde, ou planos de saúde, expressão mais popularizada no Brasil, podem exigir dos contratantes análises genéticas para confecção do preço do seguro, em decorrência dos possíveis problemas de saúde, que uma pessoa possa vir a ter em razão da sua genética, ou seja, por ser potencial portador de doença hereditária?

O contrato de plano de saúde insere-se no campo das relações de consumo. Esta relação deve ser visualizada à luz da vulnerabilidade de uma das partes contratantes, a qual impõe limitações ao conceito de autonomia para contratar. Por isso, uma relação, aparentemente privada, ganha forte intervenção estatal, ante a noção desenvolvida no início do século XX, de que a ordem econômica deve atender aos fins sociais.

É sabido que o consumismo exacerbado é uma das maiores patologias do mundo pós-moderno. Praticamente toda programação dos principais meios de comunicação estão voltados para o incentivo do consumo, em uma verdadeira lavagem cerebral diária, que invade nossas casas como o ar que respiramos e nos cercam nas ruas como lobos vorazes e famintos diante da presa, sem que possamos fugir desta realidade, salvo uma mudança radical de filosofia de vida, o que nos tornaria marginalizados, totalmente excluídos do contexto social moderno e pós-moderno.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

---

[181] BARBUJANI, op.cit, p.13.

O problema se agrava na medida em que os bens são limitados e as necessidades são direcionadas para serem ilimitadas, pois o sistema não impulsiona somente ao consumo das necessidades básicas para uma vida digna, existindo também o consumo para ostentação, para afirmação de uma superioridade de uns sobre os outros.

Neste contexto, nesta busca insana de se auto-afirmar pelo ter, esquecendo-se de valorizar o ser, as pessoas se tornam escravas do consumo, como um dependente químico em relação à droga. Estamos assim, totalmente vulneráveis.

Ricardo Maurício pontua que o desenvolvimento do sistema capitalista propicia a hegemonia das forças de mercado, tornando cada vez mais desigual a relação entre fornecedores e consumidores, criando um desequilíbrio na sociedade de consumo, transformando os consumidores cada vez mais em entes vulneráveis ao processo de massificação da produção e refém dos aparatos publicitários[182].

Essa vulnerabilidade se extrema quando se trata de serviços de saúde.

A relação de consumo no âmbito da saúde aumenta a vulnerabilidade do consumidor, por envolver de seu principal bem jurídico: a vida.

A noção de medo, utilizada para criação de sistemas de proteção, fez com que o homem sobrevivesse e se desenvolvesse nas várias fases e crises por quais passou o planeta. O medo da morte, especificamente, ou medo de perda da vida, ou ainda o sonho da imortalidade, impulsionou diversos avanços no campo da medicina, especialmente, com fins perpetuação da vida.

Diariamente a medicina descobre novos medicamentos, novos recursos e formas de tratamento, colabora com uma gama de informações sobre a necessidade de mudança de hábitos, de higiene, em um primeiro momento e agora quanto à atividade física e intelectual, o que cada vez mais faz aumentar a expectativa de vida das populações.

Todavia, a morte, ainda constitui uma barreira instransponível e o sonho da imortalidade aliada a incerteza do pós-morte, tornam a vida, talvez, o bem jurídico mais precioso, dentro da cultura ocidental, predominantemente de influências greco-romana e judaico-cristã.

Hipócrates, um dos mais conhecidos médicos da antiga Grécia, sustentava que a existência humana interligava-se com a natureza como um todo, em uma

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[182] SOARES. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**, op.cit, p.13.

forma ordenada, rejeitando o casuísmo. As doenças seriam, pois, resultados de um desequilíbrio ou excesso de um dos componentes, devendo a medicina restabelecer tal equilíbrio, fosse por meio de dieta, de um fármaco ou da cirurgia.[183]

O cristianismo, "filho" do judaísmo, promoverá o valor supremo da vida e conseqüentemente a aceitação da morte diminui, embora o próprio cristianismo trabalhe com a noção de prolongamento da vida após morte, em especial pela previsão dos santos e da ressurreição. Assim torna-se indiscutível de que a "a vida humana é sagrada e inviolável em todas as suas fases e situações".[184]

Ocorre que a manutenção da vida, passa necessariamente pelo gozo de boa saúde. Entretanto, os recursos necessários a boa preservação da desta não estão disponíveis a todos gratuitamente, embora em Estados como o Brasil, o constituinte, ao menos na constituição escrita, tenha se proposto a fazê-lo. O sistema de saúde, assim é empurrado para rede privada e para relação de consumo.

Consequentemente, o acesso à saúde na maioria dos países passa por uma relação de mercado: compra e venda, de um bem, o qual, como vimos, vincula-se diretamente a outro que se encontra sacralizado como principal. Esta construção torna a população, extremamente, vulnerável, pois, ou goza-se da precária saúde pública oferecida pelo Estado, ou submete-se aos contratos com os Hospitais e Planos de Saúde privados, ante a impossibilidade sócio-filosófica de se apartar da busca de proteção da saúde, por conseguinte, da vida.

Então, considerando este contexto, não parece plausível que o acesso à saúde passe por uma segunda restrição, além da de ordem financeira, a de ordem genética.

A Recomendação nº 3 do Conselho da Europa aprovada em 10.02.1992 proíbe a realização de provas genéticas para realização de contratos de seguro de saúde. Nos Estados Unidos, a *Genetic Information Nondiscrimination Act* (GINA), como pontuado anteriormente vedou a discriminação genética nos contratos de seguro saúde.

No Brasil, não há regulamentação específica para testes genéticos. Na prática, os seguros-saúde têm garantido o direito a não cobrir os custos de

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[183] PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 160.

[184] PONTIFÍCIA ACADEMIA PRO VITA. **The dignity of the dying person: proceedings of the Fifth Assembly of the Pontifical Academy for Life** apud PESSINI, Leo. Distanásia: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 248.

tratamentos com doenças congênitas, a não ser de dependentes nascidos na vigência do seguro.

A Constituição brasileira de 1988 prevê o direito à saúde no artigo 196. O texto constitucional exorta que é dever do Estado prover a saúde de modo universal e igualitário à população brasileira, malgrado não consiga fazê-lo de forma eficiente, abrindo espaço, como dito, para iniciativa privada atuar de forma complementar no sistema de saúde.

Ocorre que o serviço de saúde oferecido pela rede privada, no modelo denominado "particular" é demasiadamente caro e exclui a grande maioria da população, o que acarreta em campo fértil para os contratos de planos de saúde, que embora também de valores elevados, para o padrão de renda da maioria da população, constituem uma relação securitária, socializando os riscos e diminuindo os custos.

Os planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil são regulados pela Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998, a qual prevê no artigo 11 a possibilidade de exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistente, isto posto, não permite a exclusão e doenças posteriores, ainda que geneticamente transmissíveis, vedando inclusive no artigo 14, que alguém possa ser impedido de participar em razão de ser idoso ou portar uma deficiência física, o que pode ser aplicado, analogicamente, àqueles que possuem uma propensão genética a desenvolver determinada doença.

Além da legislação própria, para regulação do serviço de saúde oferecido pela iniciativa privada, através dos planos de saúde[185], a esta relação também se aplica o Código de Defesa do Consumidor (CDC), até mesmo aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pacificado na Súmula nº. 469.

A aplicação do CDC é de salutar importância, porque o mesmo possui diversos mecanismos de proteção aos consumidores, em especial contra as práticas abusivas do mercado.

O contrato de seguro saúde em regra se realiza nos moldes de "adesão", ou seja, confeccionado unilateralmente pelo fornecedor, sem possibilidades de

[185]O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº. 267.530/SP, cujo Relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota. Fonte: DJe 12/3/2001.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

discussão e negociação das suas clausulas, constituindo, ante sua natureza especifica, um ambiente fértil para o cerceamento de direitos da personalidade do consumidor, que se apresenta em uma situação de extrema vulnerabilidade, ante a relação necessária entre saúde e vida, anteriormente detalhada.

Esta vulnerabilidade se extrema, em especial, nos países pobres, onde o sistema de saúde pública é deficiente e empurra parcela significativa da população a contratação de serviços de plano de saúde, como ocorre no Brasil.

A proibição da exigência de testes genéticos para realização de contratos de seguro de saúde, apoiado pela regras e pelos princípios constitucionais que fundamentam o direito a intimidade genética, encontra também proteção por meio do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Verificamos que o respeito à dignidade, previsto no *caput* do art. 4º do CDC, a proteção do consumidor pelo Estado, ante sua vulnerabilidade (prevista no inciso I do mencionado artigo) e a harmonização dos interesses nas relações de consumo, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico com o princípio da boa-fé, não são compatíveis com a aplicação de testes genéticos para estipulação do preço nos contratos de seguro.

Considerando, ainda, a visão macrobioética anteriormente abordada, não podemos limitar-nos aos princípios bioéticos, norte americanos, da autonomia, da beneficência, da não maleficência e da justiça, mas ampliá-los para incluir a dignidade da pessoa humana e a vulnerabilidade, este último mais evidente nos países que ainda não conseguiram efetivar diversos direitos fundamentais de cunho social.

Um aspecto também a ser considerado é o equilíbrio e a boa fé que deve nortear o contrato de seguro:

> [...] o Código Civil brasileiro determina que o tomador do seguro comunique ao assegurador "logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé" (art. 769). As companhias de seguro somente podem decidir sobre a possibilidade de assumir o risco e a taxa do prêmio quando da análise ou verificação da informação que se faz no momento da subscrição do risco, através da declaração de *estado de saúde*[186].

Portanto, considerando que não é aceitável um determinismo genético, pelos motivos outrora esposados, constitui ato discriminatório a recusa ou oneração de

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[186] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.185.

preço para pessoa que apenas possui uma predisposição genética, sendo vedada a exigência do teste no ato da contratação e ainda que o consumidor informe a predisposição genética, não poderá ser recusado ou ter seu custo majorado.

Se o consumidor possuir, já manifestada, uma doença geneticamente transmissível e a desconhece no ato da contração, não viola o princípio da boa-fé, e considerando a inversão do ônus da prova, a exclusão da proteção somente poderá ser realizada se a seguradora comprovar a preexistência, não do gene defeituoso, mas da manifestação da doença, respeitados os prazo legal.

Ainda tratando da boa-fé, a dificuldade se instala no caso, onde o consumidor, não somente possui o gene, mas se encontra anteriormente a época da contração, acometido de alguma doença genética, o que cairia no campo da doença preexistente, não caracterizando, assim uma discriminação genética. Neste caso, a não informação da doença preexistente, ainda que de ordem genética, implicaria em violação à boa-fé como visto, embora o ônus da prova da preexistência recairia sobre a seguradora.

Outro ponto relevante é que uma das características da natureza deste tipo de contrato (seguro) é a *aléa*[187] que seria em parte eliminada pelo fornecedor, embora continuasse a perceber as parcelas mensais do consumidor, tendo ainda a vantagem de poder onerar o preço para os possíveis portadores de determinadas doenças, ferindo frontalmente o princípio da solidariedade (socialização dos custos) presente nos contratos securatórios, gozando assim de uma vantagem excessiva e desproporcional. Hammerschmidt bem salienta que o risco é inerente ao contrato de seguro, não havendo seguro sem o risco[188].

É importante ainda lembrar que as legislações consumeristas surgiram da transição entre o Estado liberal e o Estado Providência[189], o que historicamente fundamenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às hipóteses de tentativa de violação da intimidade genética, uma vez o aludido diploma de fato constitui a mão intervencionista do Estado para concretizar a igualdade material nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), onde este

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[187] Aléa é uma expressão jurídica e latina que significa a possibilidade de se auferir um prejuízo mediante a possibilidade de se obter um lucro, ou seja, risco.

[188] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.184.

[189] SOARES. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**, op.cit, p.76.

desequilíbrio acarreta violação a dignidade da pessoa humana, traduzido também no art.170 da carta constitucional, pela função social.

O uso de informação genética, para testes anteriores a contratação de seguros de saúde, viola frontalmente, como dito, o princípio da solidariedade, que norteia os contratos de seguro de um modo em geral, sendo que tal princípio possui previsão constitucional, no art. 3º, inciso I, como sendo um dos objetivos fundamentais da republica brasileira.

O teste genético para fixação de preço em contrato de seguro saúde constitui, ainda, uma violação à dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade, devendo o Estado promover mecanismos que equilibrem os contratantes nas relações de consumo, ante a vulnerabilidade do consumidor, de modo que permitir a realização de teste genético ao contrario, aumentaria o desequilíbrio, já naturalmente existente entre as partes, em razão da vulnerabilidade do consumidor, seja ela técnica ou econômica.

Parece, pois, extremamente falacioso o discurso das companhias de seguro saúde quando afirmam que a previsão anterior dos riscos poderia inclusive diminuir os valores do seguro ou contribuir para um tratamento preventivo, em verdade, visam a redução dos seus custos com o tratamento de determinadas doenças não aceitando o consumidor ou elevando o valor de suas mensalidades.

Em vários países, os seguros de saúde e de vida atualmente cobram preços exorbitantes e, inclusive, excluem da cobertura doenças preexistentes. Então como crê que reduziriam seus preços para quem possivelmente possa portar ou porte alguma doença/defeito genético?

Portanto, não é possível que se permita a quebra do sigilo genético de alguém como condição para ingressar uma relação de consumo, em especial nos contratos de plano de saúde, sob pena de estimulo a uma nova forma de exclusão, a genética.

As seguradoras de saúde não podem estabelecer o chamado perfil do consumidor para definir o preço do seguro saúde, com base em um gene defeituoso. Embora prática similar seja comum em seguros de automóveis, neste encontra-se uma relação eminentemente patrimonial, diversamente do que ocorre na questão da saúde, onde este tipo de análise genética contribui para desenvolver mais uma espécie de segregados, os dos propensos a desenvolver doenças genéticas.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

Permitir a invasão da intimidade genética geraria uma grande marginalização (diversas pessoas sequer seriam aceitas para realizar o contrato de plano de saúde) e elevação dos preços para alguns indivíduos, quebrando os princípios da solidariedade, do risco e da vulnerabilidade que abraçam as relações securitárias.

4.3 – Contratos de Emprego

Como fora pontuado no início deste trabalho o direito a intimidade genética encontra-se protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro a luz de uma leitura pós-positivista e principiológica, posicionando-se entre um dos direitos da personalidade decorrente dos direitos humanos, os quais, o Brasil se obrigou a dar prevalência na proteção.

Esta proteção não se limita às relações entre o homem e o Estado, mas atua nas relações entre os particulares, em decorrência da pacificada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na jurisprudência pátria, manifestada no entendimento do Supremo Tribunal Federa (STF).

> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.[190]

Neste julgado o STF discutiu os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. Salientou-se que a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.[191]

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[190] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº 201819/RJ**, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. GFILMAR MENDES, Julgamento em 11.10.2005. DJ de 27.10.2006, p.64.

[191] Ibid., loc. cit.

A corte entendeu que o espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados[192].

Para o STF autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais[193].

O STF decidiu, também, que uma entidade não estatal também deve respeitar o devido processo legal, especialmente, por exercer uma atividade de âmbito econômico e social, de modo que devem ser respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Assim, também as relações de emprego, ainda que ocorram no âmbito privado, merecem a proteção do Estado. Inclusive é de reconhecimento público que a sistemática que envolve o direito do trabalho no Brasil é de forte presença estatal e protecionista para o trabalhador, com fins de assegurar o reequilíbrio das forças contratantes, ante a vulnerabilidade do trabalhador.

Esta vulnerabilidade é reconhecida pela doutrina através de diversos princípios próprios da relação de trabalho, como os princípios da proteção, da irrenunciabilidade de direitos, continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade.

Segundo Schiavi, o princípio da proteção destaca-se dentre os que dão suporte e autonomia ao Direito do Trabalho [194], se manifestando nos princípios do *in dúbio pro operário*; da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador[195]

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[192] Ibid., loc. cit.

[193] Ibid., loc. cit.

[194] SCHIAVI, **Mauro. Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho.** 3ª ed. São Paulo: LTr. 2009, p.101.

[195] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

Este sistema de proteção encontrará reforço no princípio da vulnerabilidade, na sua acepção de princípio, embora o empregado possa ser também considerado vulnerável no viés de característica, por encontra-se em regra em grupo social de menor potencial econômico, se comparado ao empregador e no viés condição, por tratar-se de pessoa humana.

Portanto, como conclui também Carlos Frederico, haverá de ser reconhecida a vulnerabilidade específica do empregado nessa relação contratual[196].

No Brasil, a Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) é o principal instrumento normativo que regula as relações de emprego, mas nela não se esgota, sendo aplicável também a Constituição, os princípios próprios do direito do trabalho e o direito internacional.

O direito à intimidade está constitucionalmente consagrado, em sentido genérico, encontrando proteção no ambiente laboral consoante as palavras de Manoel Jorge Silva e Neto:

> [...] visualizamos o direito a intimidade inteiramente aplicável ao contexto da relação de trabalho, inexistindo equívoco em localizar topograficamente a matéria dentre as garantias individuais, eis que só pela via de extensão abrange o contrato laboral.
>
> E mais do que isso: diante da superioridade econômica do empregador e da subordinação jurídica do empregado, trata-se de garantia individual costumeiramente desrespeitada, o que, a um só tempo, atiça a nossa curiosidade para o estudo do tema e recrudesce a preocupação para os contornos da ofensa dentro do contrato de trabalho[197].

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região caminha no sentido de proteger, amplamente, a intimidade do trabalhador ao pacificar a idéia de que a dignidade do trabalhador é ofendida quando da realização de revistas pessoal, vejamos:

> Ementa: REVISTA PESSOAL. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. "O direito à integridade física do trabalhador assegura-lhe, além da proteção da saúde, o respeito à sua dignidade. Assim, incontroversa a prática da revista íntima perante terceiros, configura, por si, algo vexatório, que violenta dignidade humana, devendo o trabalhador ser compensado, consoante o artigo 5°, inciso X, da Constituição Federal de 1988."[198]

Mauro Schiavi pontua que a discriminação no âmbito da relação de trabalho é uma das formas mais perversas de exclusão das minorias e violação da dignidade

---

[196] ANDRADE, op.cit, p.8.

[197] SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos.** São Paulo: LTr. 2001, p.115.

[198] BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário, ac. nº 032369/2008**, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, DJ 24/11/2009.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

da pessoa humana do trabalhador. O doutrinador alerta que nosso ordenamento jurídico veda a prática discriminatória nos artigos 3º, 5º e 7º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, assim como, o art.3º, parágrafo único, 5º e 461 da CLT[199].

É importante ressaltar que não se tratar de extirpar o poder diretivo do empregador, o qual encontra fundamento também constitucional no âmbito do art. 170, incisos II e IV, por ser este necessário a manutenção e sobrevivência da empresa, mas de impor limites a este, em especial quando conspurcada garantia individual, como é o caso do direito à intimidade[200].

Manoel Jorge concluiu que é inconstitucional impor ao empregado todo o ônus da fiscalização empresarial, submetendo-o a revisas, de modo que se deva recorrer à interpretação que conceda maior eficácia aos direitos fundamentais[201].

Ora, se a visualização ou toque por terceiros no corpo do empregado com fins de revista, configura violação a sua dignidade, muito mais se faz em caso de exigência do fornecimento dos seus dados genéticos que revelam informações de natureza muito mais intima que o corpo físico em si.

Para Casabona, não seria possível a intervenção genética na relação de emprego, o que para o autor constitui uma nova forma de marginalização, tanto do empregado como dos seus familiares por conseqüência [202]. O que se busca evitar é o surgimento de *apartheid* genético nas relações de emprego.

Manoel Jorge salienta ainda que na relação de trabalho, de um modo geral, é comum a violação à intimidade do hipossuficiente, seja no processo seletivo (pré-contratual), seja no decorrer da relação de trabalho e até mesmo nos motivos justificadores do desligamento do trabalhador[203].

A ação responsável na realização das pesquisas científicas envolvendo o genoma humano é primordial para que não ocorram fatos lamentáveis como os já registrados pela história recente de alguns países, tais como o de empresas nos

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[199] SCHIAVI, op.cit, p.123.

[200] SILVA NETO. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**, op.cit, p.117.

[201] Ibidem, p118.

[202] CASABONA. **Del gen al derecho**, op.cit. p. 99.

[203] SILVA NETO. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**, op.cit, p.115.

EUA que na década de 70 se recusaram a contratar negros com traços genéticos para anemia falciforme.

A aplicação de questionários ou realização de entrevistas durante a fase pré-contratual com perguntas que invadam a intimidade do futuro empregado, tais como que se refiram à religião, à opção sexual, à raça e às doenças pré-existentes, não se mostra razoável, salvo quando a natureza da função em si, a ser exercida, estiver intrinsecamente vinculada a tais informações, de modo a ser praticamente impossível a contratação sem balizamento nesta, em razão do prejuízo de difícil reparação ao negócio ou a coletividade.

Neste sentido, observamos que a Lei nº. 9.799 de 26 de maio de 1999 alterou a CLT para incluir o artigo 373A e proíbe a recusa de emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível, conseqüentemente, muito menos ainda, a aplicação de teste genéticos seria admissível, como veremos a seguir de forma mais detalhada.

A União Européia elaborou a resolução *Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética,* em 16 de março de 1989, a qual nos artigos 13 e 18 proíbe a seleção de trabalhadores segundo critérios genéticos. O empresário não pode assessorar-se de dados genéticos para decidir a respeito da contração ou não de um trabalhador, posto que em se detectando a possibilidade de uma anomalia futura certamente o trabalhador não seria contratado e o que possuísse maior aptidão genética seria favorecido, em uma clara violação ao princípio da igualdade, entre nós, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88.

Ademais a adoção no Brasil de práticas de seleção genética para persecução de emprego constituiria um verdadeiro contra-senso à política de inclusão que permite a integração do portador de deficiência em diversos âmbitos, tais como, na educação, na saúde, no trabalho, na acessibilidade e na habitação.[204]

O projeto de lei de nº. 149 de 1997 prevê no artigo 6º a criminalização da conduta atinente a recusar, impedir ou negar inscrição em concurso público ou de qualquer outra forma de recrutamento e seleção de pessoal com base em informação genética, atribuindo pena de detenção de um mês a um ano e multa. Estaria ainda vedado pelo mesmo artigo o impedimento de teste genético para

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[204] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p.191.

definição de acesso ou a permanência no trabalho, emprego ou função pública, assim como na iniciativa privada.

Analogicamente, podo-se verificar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) pacificou o entendimento que a dispensa, motivada em conhecimento pelo empregador de doença do empregado, extrapola os limites do poder postestativo daquele e configura ato discriminatório.

> PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido.[205]

Equivalentemente, não poderá o contratante desligar empregado ao tomar ciência de dados genéticos deste, que impliquem em uma possível futura doença. Vale lembrar que enquanto inexistir legislação especifica no Brasil a respeito do direito à intimidade genética é possível aplicar por analogia a Lei nº. 9.029 de 13 de abril de 1995 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

O rompimento da relação de trabalho por ato de discriminação genética deverá implicar em readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento. Em ambas as hipóteses, com a devida correção monetária e juros legais.

Não obstante a possibilidade de indenização, o ideal é que sequer ocorra a violação, por isso exige-se do médico do trabalho um comportamento ético de forma a manter o sigilo profissional sobre questões apuradas em razão da relação contratual: médico e paciente, comunicar às autoridades a ocorrência de determinadas doenças, prestar informações por escrito, quando solicitadas, sobre o

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[205] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 76089/2003-900-02-00,** Rel. Min. Lélio Bentes Corrêa. DJ 17/06/2005. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em 05 dez. 2010, à 11:25.

estado do paciente que for transferido para outro hospital ou que optar pela troca de médico[206].

O médico do trabalho deverá observar, portanto, a regra do segredo profissional, guardando a confidencialidade sobre os dados genéticos do trabalhador quando a estes tiver acesso, pois o Novo Código de Ética Médica assim dispõe:

> Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Há argumentos favoráveis à aplicação do teste genético quando o ambiente de trabalho envolve produtos perigos e que pessoas com propensão a determinada doença não poderia se expor a tais, sendo preferíveis excluí-las a transformá-las em vítimas.

Claire Andre e Manuel Velasquez no artigo *Read My Genes: Genetic Screening in the Workplace* lembra que, contrariamente, há também diversos correntes que sustentam que em verdade é obrigação do contratante criar e promover um ambiente de trabalho seguro e saudável e não promover a exclusão das pessoas.

> Others argue that employers have an obligation to provide a safe workplace, which should translate to removing the causes of occupational illness, rather than the victims. Instead of excluding workers who may be sensitive to hazardous substances at a worksite, employers have a duty to remove those substances[207].

Esse segundo entendimento parece bastante razoável, até porque contribui para o meio ambiente mais saudável, como um todo. O uso de processo com substâncias menos perigosas, ou com um grau de proteção adequado que evite o contato com o trabalhador ou com o meio ambiente em geral encontra maior interesse social que a produção indiscriminada.

Malgrado, seja relevante e aqui defendida a tese que sustenta a adequação das empresas aos trabalhadores e a menor nocividade ao meio ambiente, o fato é que deveremos estar atentos para o fato de que há situações em que o trabalhador,

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.foxit-driver.com

---

[206] PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p. 583.

[207] "Outros argumentam que os empregadores têm a obrigação de fornecer um ambiente de trabalho seguro, que deve traduzir a remover as causas das doenças profissionais, ao invés de vítimas. Em vez de excluir os trabalhadores que podem ser sensíveis a substâncias perigosas em um ambiente de trabalho, os empregadores têm a obrigação de retirar as substâncias". Tradução livre. In: ANDRE, Claire; VELASQUEZ, Manuel. **Read My Genes: Genetic Screening in the Workplace**. Disponível em http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v4n2/genes.html. Acessado em 11/04/2010 às 13:00.

efetivamente, não possui condições de se colocar em um determinado ambiente de trabalho.

Quando, por exemplo, o ambiente de trabalho e o gene de forma combinada determinam a doença, ou seja, cujo desencadeamento se dá por ordem multi-causal e esta possibilidade for relativamente alta, a imposição de sua contratação poderia implicar na necessidade do cumprimento de tamanhas exigências que inviabilizariam a própria atividade a ser desenvolvida pelo contratado, ou tornar inviável o negócio, ferindo o princípio da liberdade de iniciativa.

Questiona-se, neste exemplo, a possibilidade deste teste genético, para preservação inclusive do próprio trabalhador e do interesse da coletividade que orbita em torno dos empregos gerados pelo empreendimento.

O problema surge em como controlar este casuísmo, para que não se banalize uma possibilidade remota, que deveria ocorrer excepcionalmente, tornando-a como regra, pois é certo que os empregadores seriam tentados a preferir sempre o teste genético a investirem em segurança e maio ambiente saudável no local de trabalho, especialmente pela visão de custo elevado, que em regra acompanham a segunda hipótese.

Neste caso, seria prudente manter a impossibilidade do teste genético, seguindo a orientação da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, por não se tratar das hipóteses ali previstas e pela exigência do teste ter cunho econômico.

Permitir a exigência do teste genético, ainda que nestes casos onde se alega a prevenção de hipotética doença ocupacional, não seria conveniente, posto que seria uma porta aberta para o uso indiscriminado de diferenciação entre os candidatos, buscando-se privilegiar uns em detrimento de outros, que sequer iriam desenvolver ou não as limitações que carregam no gene. Assim, ainda neste caso, também não se mostra um fim compatível com a Declaração Universal sobre Genoma Humano e com os Direitos Humanos, cuja prevalência no Brasil, constitui fundamento republicano (art. 4º, II da CF/88) e por não esta de acordo com o que vem sendo regulado no direito internacional relativo aos direitos humanos e no direito comparado.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO À INTIMIDADE GENÉTICA NO BRASIL

5.1 – Contexto principiológico: sua influência na legislação infraconstitucional.

Após a Constituição de 1988, o Brasil deixou clara sua aderência ao novo paradigma principiológico, quando no art. 170 tratou da ordem econômica, determinado que esta seria fundada na valorização do trabalho humano, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Vincula-se a organização da economia à observação dos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, dentre outros.

Podemos citar, ainda, a pluralização do conceito de família no art. 226, o direito à saúde, previsto no art. 196, que estabeleceu um critério de igualdade e universalidade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225, cuja violação implica em responsabilização objetiva, dentre outros diversos dispositivos da lei maior carregados de principiologia e abstração.

O principialismo constitucional brasileiro irradiou-se pela legislação infraconstitucional fazendo surgir o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que nitidamente abraçou o princípio da vulnerabilidade, impondo que a Política Nacional das Relações de Consumo se norteará pelo respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, protegendo seus interesses e buscando sempre a melhoria da sua qualidade de vida.

Igualmente, em diversos outros institutos, como o Estatuto da Criança e Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Igualdade Racial,[208] se encontra forte presença de princípios, o que também, contraditoriamente, indica fortes resquícios do sistema de positivação, pois embora sejam normas principiológicas, que necessitam ter seu conteúdo preenchido pelo intérprete, encontram-se

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.pdfdrive.com

[208] O Estatuto da Igualdade Racial foi aprovado pelo Senado em 17 de junho de 2010. Este novo instituto prevê garantias e o estabelecimento de políticas públicas de valorização aos negros brasileiros. O novo diploma legal obriga as escolas de ensino fundamental e médio incorporarem nos currículos o estudo de história geral da África e da população negra no Brasil, assim prevê a formação de professores em temas que incluam valores de respeito à pluralidade étnica, racial e cultural da sociedade, deixando de fora, entretanto, a previsão de cotas em universidades pública para descendentes de negros.

expressas, como se a sua aplicação dependesse necessariamente da positivação, quando justamente ocorre o inverso, aplica-se a positivação, mas não a efetivação.

O Código Civil de 2002 não ficou fora desse contexto, nos brindou com como a função social da propriedade e a obrigatoriedade de observância da boa-fé nos contratos, aumentando ainda as possibilidades de responsabilização civil objetiva e adotando a doutrina francesa do abuso de direito.

Dentre os ramos do direito civil a responsabilidade civil é um dos institutos que mais se modificou ao longo dos anos. A noção de responsabilização civil está sendo significativamente alterada, pois como bem salienta Roberto Gonçalves o surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas[209].

5.2 – Evolução histórica da responsabilidade civil no Brasil: breves reflexões.

Sempre que se fala em historiografia da responsabilidade civil se remota ao direito romano, todavia é importante ressaltar que anteriormente, ainda que não concebida nestes termos, a responsabilidade civil começava a se desenhar nas chamadas práticas de compensação, ou ainda nas formas de sistematização do período do talião, como lembra Giselda Hironaka[210].

Contudo, como bem salienta José Antônio Ribeiro, embora mereçam honrosa menção o Código de Hamurabi, de onde se extrai a lógica imposição de igual sofrimento ao autor do dano, o Código de Manu, o antigo direito Hebreu e o direito na Républica de Atenas, foi no direito romano que se forneceu os subsídios essenciais à construção jurídica dos alicerces que vieram a sustentar a moderna teoria da responsabilidade civil[211].

Talvez, por isso, a responsabilidade civil sempre foi concebida no Brasil no modelo romano, implantado com a *Lex Aquilia* por volta de 250 a.C, ou seja, com a possibilidade de responsabilização contratual ou extracontratual, sendo fortemente fundamentada na idéia positivada da culpa.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[209] GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, vol. IV. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.9.

[210] HIRONAKA, Giselda Maria F. e Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 9.

[211] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**. São Paulo: LTr, 2008, p. 123-124.

Segundo Maria Helena Diniz, a *Lex Aquilia de damno* veio cristalizar idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, colocando a culpa como fundamento da responsabilidade, de modo que, sua ausência gerava uma excludente de responsabilização[212].

Ocorre que, em verdade, a culpa no direito romano, malgrado tenha sofrido toda influência dos costumes e da tendência romana à administração pública, não tinha ainda um valor próprio como instituição social ou política[213]. Atuava, aquela, como elemento acidental, de modo que, o dever de indenizar decorria de um pensamento compensatório, desapegado do sentindo de moralidade[214].

A tradição moral burguesa implementou uma concepção de normalidade civil, a partir do século XVIII, extremamente atrelada à idéia de propriedade e por conseguinte esvaziou o ideal geral de compensação das perdas e danos[215],

Esse esvaziamento do sentido compensatório abriu espaço para o fortalecimento da noção de culpa, até hoje, ainda concebida como fundamento da responsabilidade civil. A culpa, como elemento justificador da responsabilização civil não decorre de uma lógica de direito, mas de uma noção de moral desenvolvida no século XIX pelo pensamento liberal, o que pode ser visualizado no exemplo abordado por Geneviève, ao tratar da responsabilidade civil no código francês:

> Dans les propos de orateurs qui présentèrent lês textes du futur Code civil, in particulier le Titre IV Du Livre III, aux assemblées qui devaient le voter, on releve de très freqüentes allusions à la morale, dont la plus frappante est contenue dans la dernière phrase du discours de Tarrible au corps Législatif: << S'agit-il de dommages causes? Ce projet épuise tous lês moyens dén assurer la réparation; et dans le nombre de ces moyens, il place une responsabilité morale que doit redoubler la vigilance des hommes chargés du dépôt sacré de l'autorité et qui préviendra ainsi plus de désordres qu'elle n'en aura à réparer.>> [...] Or ce souci de rattacher la responsabilité civile à la responsabilité morale a eu pour conséquence principale de placer la notion de <<faute>> au centre de la responsabilité civile[216].

---

[212] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.11.

[213] GISELDA, op.cit, p. 31

[214] GISELDA, op.cit, p. 32

[215] GISELDA, op.cit, p.23

[216] Nas palavras dos oradores que apresentaram o texto do futuro Código Civil francês, especialmnte no no Título IV do Livro III, nos debates da votação há frequentes alusões à moral, sendo a mais impressionante a contida na última frase da fala de Tarrible ao parlamento: "Trata-se de danos causados? Este projecto irá esgotar todos os meios para promover a reparação, e no número destes meios, ele coloca uma responsabilidade moral que deve redobrar a vigilância dos homens encarregados da missão sagrada de autoridade e, assim, evitará mais transtornos do que se devia reparar". [...] No entanto, esse desejo de vincular a responsabilidade civil à responsabilidade moral, resultou, principalmente, em se colocar o conceito de "culpa" como fundamento da responsabilidade civil. Tradução Livre. In: VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité.** 2ª èd. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1995, p. 19-20.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.pdf-driver.com

Além da culpa a responsabilidade civil no Brasil, inicialmente, por influência do pensamento liberal e humanista assentou-se, também, em um dos princípios gerais do direito - *neminem laedere* – o qual determina que não se deve lesar alguém, sendo tratada, não somente entre nós, mas em muitos ordenamentos jurídicos, como uma conseqüência de um ato ilícito.

A responsabilização baseada na noção de ilicitude pode ser verificada no pensamento de Maria Helena Diniz, ao comentar o Código Civil Brasileiro de 1916 e tratar do dever de indenizar[217].

A vinculação entre ato ilícito ao dever de indenizar era previsto na codificação "bevilaquiana"[218], no art. 159, o qual colocava a culpa como elemento de uma regra geral para responsabilização.

A doutrinadora Maria Helena Diniz preceituava que em hipóteses excepcionais atos não considerados ilícitos poderiam não gerar a obrigação de indenizar, apontando para hipóteses de exclusão de responsabilidade civil, previstas no art. 160 do Código Civil de 1916[219], cujo equivalente encontra-se, atualmente, no art. 188 do Código Civil de 2002.

O instituto da responsabilidade civil, no direito positivo brasileiro, irá aparecer definitivamente no Código Civil de 1916 seguindo de maneira geral a concepção adotada pela legislação francesa, cuja base juris-filosófica decorre do pensamento cartesiano de Jean Domat e demais juristas europeus do século XIX, cujos pensamentos já se encontravam mais sedimentados, não se inclinando pelos novos pensadores que naquela época já se debruçavam sobre a possibilidade de responsabilização sem culpa[220].

O Código de 1916 engessou o Direito Civil no Brasil e não foi capaz de acompanhar a evolução social, sendo necessário que a doutrina e a jurisprudência assumissem a responsabilidade para estabelecer uma aproximação do direito com a realidade.

Tal limitação decorreu de um pensamento legalista e codificante que no Brasil adveio das influências históricas do Código de Napoleão (1804) e da cultura francesa, embora a base de nossa codificação da década de vinte, do século

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[217] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 1996, p. 169.

[218] Referente a Clóvis Beviláqua, principal organizador do Código Civil de 1916.

[219] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado,** op.cit, p. 170.

[220] GISELDA, op.cit, p.66.

passado, tenha preponderado, como, acertadamente, salienta Renan Lotufo, a influência do Código alemão[221].

As noções de ilicitude e de culpa encontram-se na mais recente codificação pátria, conquanto, o atual Código Civil tenha caminhado, ainda em passos lentos, para uma nova concepção do dever de indenizar, trazendo mais hipóteses pontuadas, que excepcionam a regra geral de culpa, a qual este parece ter mantido como foco principal.

Percebe-se, entretanto, uma movimentação na doutrina civilista brasileira contemporânea, no sentido de compreender a responsabilidade civil como garantia à restituição ou compensação da lesão sofrida. Seria uma busca pelo *statuos quo*, ou seja, colocar as partes em situação equivalente a anterior a lesão.

Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves, leciona:

> A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pelo qual se vincula o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social.
>
> Todavia a atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.
>
> Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.[222].

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao tratar do assunto em tela ensinam:

> De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar).
>
> Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vitima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.[223]

O legislador da mais nova codificação civil brasileira também evoluiu no sentido de trazer novas hipóteses de responsabilização civil que tornam

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[221] LOTUFO, Renan (Org.) **Direito Civil Constitucional** – Caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.8.

[222] GONÇALVES, op.cit, p. 1.

[223] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9.

questionável a vinculação necessária à ilicitude da conduta de quem responderá por um dano. Assim, por exemplo, a nova codificação prevê expressamente no art. 187 a possibilidade de o ato ilícito decorrer de situações onde, embora em exercício de um direito, o titular excede manifestamente os fins econômicos e sociais, pela boa fé ou pelos bons costumes, ou seja, flexibiliza-se o conceito de ilicitude para abraçar atos, ao menos em tese, inicialmente lícitos.

O parágrafo único do art. 927 do CC/02, provocará, ainda, uma mudança mais profunda, pois nele o legislador inovou para expressar a responsabilidade civil objetiva, por decorrência não apenas de hipóteses enclausuradas na letra fria da lei, vinculado a noção de ilicitude, mas também pela teoria do risco, mantendo no código as hipóteses pontuadas, mas criando uma cláusula geral aberta que permite a análise caso a caso.

Como ensina Maria Helena Diniz, a culpa tornou-se insuficiente para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição de um elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução das máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas em veículos automotores, aumentou o perigo para vida e saúde humana, o que, para doutrinadora levou a responsabilidade civil a ser reformulada, dentro de um processo de humanização[224].

As inovações do Código Civil de 2002 denotam a preocupação da sociedade em ver reparado efetivamente o dano, indicando os primeiros sinais no sentido do clamor da doutrina de Giselda Maria Hironaka, para uma reformulação mais radical, uma revisão de fundo no próprio sistema geral da responsabilidade civil[225], ante a nova realidade do mundo:

> A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por vieses os mais diferentes e disparatados[226].

Caio Mario coaduna com esta nova forma de se pensar a responsabilidade civil, alertando que a mesma, atualmente, gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que para o doutrinador tem levado à

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[224] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**, op.cit, p.12.

[225] HIRONAKA, op.cit, p. 4.

[226] Ibidem, p. 3.

jurisprudência e a doutrina a marcharem adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça[227]

Em consonância com os pensamentos de Caio Mario e de Geneviève, Judith Martins salienta que há uma verdadeira revolução *corpernicana* de enfoque na responsabilidade civil que reverbera nos seus pressupostos e perpassa a sua técnica: para o bem ou para o mal, agora se privilegia o olhar da vítima, rompendo-se a equação moral que, centrada no exame da conduta do agente, causador do dano, alicerçou por séculos o instituto[228].

De fato, o sistema de codificação, um resquício do positivismo jurídico legalista, se torna anacrônico uma vez que a lei não consegue acompanhar os avanços tecnológicos. Exemplo: o direito à intimidade genética, dentro de um sistema codificante que não atribuísse força normativa aos princípios constitucionais, por não ter sido previsto, certamente não encontraria proteção no Brasil, ao contrário do que fora demonstrado.

Embora, ainda em uma estrutura codificante, o legislador civilista do Código de 2002, trabalha com conceitos mais abertos que, aliados às previsões constitucionais e outros institutos do ordenamento jurídico, permitem perfeitamente alcançar a responsabilização civil pela violação à intimidade genética sem análise de culpa. Salienta-se que a doutrina e a jurisprudência devem estar abertas a novas formas de concepção, em especial com uso de princípios, como o da vulnerabilidade, e uso da Constituição, não incorrendo no erro de limitar-se ao Código Civil.

Para Renan Lotufo, essa nova visão, de aplicação da Constituição, com ampla força normativa para intervir nas relações privadas, quebra com a tradição do Direito Civil clássico, que limitava o estudo do Direito Privado ao Código Civil[229]. Contudo, esta nova forma de aplicar o direito não se deu de modo pacífico e automático, pois como bem salienta Giselda Hironaka, convertida pelo pensamento de Rudolfm von Ihering, em especial na obra "A luta pelo direito", do jurista alemão,

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[227] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol III, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.362.

[228] MARTINS-COSTA, Judith. . **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematizacão dos deveres pré-contratuais de proteção no direito civil brasileiro.** Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 867, 2008, p. 11-51.

[229] LOTUFO, op.cit, p.7.

o direito está em movimentação constante, eterno, que somente em raríssimos casos este processo se desenvolve sem traumas, sem aniquilamentos, sem luta[230].

A força normativa a Constituição, em especial para intervir nas relações privadas, não escapou a regra, e entre nós, recentemente, se transformou em um dos debates mais acalorados e interessantes, desta saga saturniana do Direito, o que levou Renan Lotufo a assim se manifestar sobre o tema:

> Com o advento da nossa Constituição de 1988, tivemos um choque de perplexidade no início, quer por abrangência, quer por passar a disciplinar diretamente matéria que até então era exclusiva do Código Civil.
>
> Tal formulação levou muitos a entender que não se devia admitir a eficácia imediata aos textos constitucionais, devendo prevalecer o texto legal do Código Civil.
>
> Ainda no exercício de funções jurisdicionais (1980 a 1995), que em muito me honraram, logo após o advento da Constituição tive oportunidade de suscitar a prevalência da Constituição frente ao Código, porque muitos continuavam afirmando e decidindo que só com uma nova lei ordinária é que se teria sua revogação[231].

Agora também, a doutrina e a jurisprudência devem caminhar à frente, de forma arrojada e corajosa, para garantir uma forma de proteção, por via da responsabilização civil objetiva, quando da captação, do uso e da divulgação de informação genética, indevidamente, partindo do atual direito à intimidade, que se encontra previsto na atual Constituição Federal, analisando-o dentro desta nova realidade social, ou ainda, como defende alguns doutrinadores, por força da aplicabilidade dos tratados internacionais e dos demais princípios constitucionais.

5.3 - Responsabilidade civil objetiva pela violação à intimidade genética.

5.3.1 – Teoria do risco, dignidade da pessoa humana e vulnerabilidade.

A doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona classificam a responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva. A primeira está fundada na idéia de culpa (*unuscuique sua culpa nocet*)[232] ou responsabilidade subjetivista e foi, como visto, fortemente abraçada pelo Código Civil de Clóvis Beviláqua. Não é outra interpretação que se pode apreender da leitura do art. 159 daquela codificação, a

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

[230] GISELDA, op.cit, Notas da Autora, p. XV.

[231] LOTUFO, op.cit, p.9.

[232] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, op.cit, p. 13-19.

qual trazia como necessária à responsabilização a verificação da imprudência ou negligência do autor do dano, sob nítida influência do direito francês.

Para muitos doutrinadores, o legislador do atual Código Civil, a exemplo do anterior, também manteve a responsabilidade civil subjetiva (art. 186 do CC/02) como regra geral. A prevalência da subjetividade pode ser verificada no ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, que ao comentar a sistemática utilizada no código "realiano"[233], alerta que a idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir[234].

Entretanto, a nova ordem civilista abriu significativo espaço para responsabilidade objetiva e embora mantendo a subjetividade como foco, ao reforçar outras possibilidades de indenizar prescindido do elemento subjetivo, contribuiu para demonstrar que a culpa não é um elemento essencial da responsabilização, os quais se restringem, agora, à conduta humana, ao dano e ao nexo de causalidade, que é o liame lógico entre o primeiro e o segundo.

A construção da legislação brasileira, que embora ainda lhe emprestando posto de destaque, retira a culpa do rol de elementos essenciais da responsabilidade civil é ligeiramente tardia, pois remota ao início do século XXI.

Geneviève ensina que o declínio do papel da subjetividade, associada ao conceito de culpa, como condição da responsabilidade civil, é o traço mais marcante entre todos os escritores que se debruçaram em descrever a evolução do direito da responsabilidade civil no século XX. O mencionado autor francês relaciona essa tendência com a socialização da responsabilização, representada pelo aumento dos contratos de seguro, uma vez que a responsabilidade objetiva aumenta as possibilidades de repação:

> Le déclin du rôle atribué à la faute subjectiv, en tant que condition de la responsabilité civile, est le trait qui a le plus vivement frappé tous les auteurs qui ont cherché à décrire l'évolution du droit de la responsabilité civile au cours du xx siècle. Il s'explique, à notre avis, principalement par l'emprise croissant de l'assurance sur la responsabilité.[235]

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[233] Referência a Miguel Reale principal organizador do Código Civil de 2002.

[234] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 16.

[235] O declínio do papel da subjetividade associada ao conceito de culpa, como condição da responsabilidade civil, é o traço que mais fortemente encontramos em todos os escritores que tentaram descrever a evolução do direito da responsabilidade civil no século XX . Isso explica, em nossa opinião, principalmente, a influência do aumento do seguro de responsabilidade civil. Tradução Livre. In: VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité**. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1995, 28.

A responsabilidade civil objetiva, de fato se mostra mais adequada ao novo contexto social, pois se funda, exatamente, na necessidade de, efetivamente, assegurar o ressarcimento a vitima, o que ficava impossibilitado em diversas situações na noção subjetivista, fundada na prova da culpa:

> A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou de investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável[236].

A responsabilidade civil objetiva tem como característica principal, como defende Carlos Roberto Gonçalves, prescindir totalmente da prova de culpa, bastando que se caracterize a relação entre a ação e o ato danoso[237]. Neste sentido, pontua Venosa:

> Nesse aspecto, há importante inovação no Código em vigor, presente no parágrafo único do art. 927. Por esse dispositivo, a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também "*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar: por sua natureza, risco para os direitos de outrem*"[238].(grifos do autor).

A nova sistemática do código aponta, pois, para o seguinte: subsisti a responsabilidade subjetiva e, em casos em que lei expressamente prevê, a mesma será objetiva, assim como também, se responde objetivamente quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem[239], como se a responsabilidade subjetiva fosse a regra e o objetiva a exceção.

Ocorre que os casos de responsabilidade objetiva se tornam cada vez mais numerosos e a busca pela atuação do Poder Judiciário na resolução dos litígios envolvendo responsabilidade civil, tem-se mostrado cada vez mais em pedidos fundado na responsabilidade objetiva.

Marcelo Brito alerta que com a evolução do nosso Direito Civil, já não se admite a ultrapassada concepção de que a responsabilidade civil está sempre interligada à culpa. Ao contrário, ao menos em termos quantitativos, o que se verifica é a predominância de demandas judiciais indenizatórias fundadas em

---

[236] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p.151.

[237] GONÇALVES, op.cit, p.31.

[238] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 8.

[239] Vide Parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro (Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

responsabilidade sem culpa[240]. O autor defende, pois, que se encontra ultrapassada a idéia de que a responsabilidade subjetiva é a regra e a responsabilidade objetiva a exceção[241].

A responsabilidade objetiva apareceu na nossa legislação através de um processo evolutivo do dever de guarda, vigilância e eleição, onde alguém é responsabilizado por ato de terceiro, animal ou fato da coisa, com qual mantém uma relação jurídica prévia. Inicialmente, viciada pela idéia de culpa tradicional, evoluindo para culpa presumida, especialmente pela atuação jurisprudencial (invertendo o ônus da prova, de modo a desonerar a vítima, aumentando as possibilidades de reparação, ante a dificuldade probatória que esta enfrentava) e por fim se consagrou como objetiva.

Outra forma de manifestação da responsabilidade objetiva decorreu do processo de ordem e progresso, alimentada desde a Revolução Industrial, que criou a chamada "sociedade de riscos", uma vez que a vida, a saúde, o meio ambiente e a segurança ficaram extremamente vulneráveis as novas possibilidades de danos.

A teoria do risco surgiu exatamente para preencher a lacuna deixada pela noção de culpa ante o "desenvolvimento da humanidade" decorrente do avanço tecnológico e o conseqüente o aumento significativo dos riscos, os quais promovem a violação de diversos direitos fundamentais, inicialmente à vida, à saúde, à integridade física e, agora, a intimidade.

A teoria do risco, de modo geral, também influenciou a responsabilização objetiva do Estado, pois como pontua Celso Antônio Bandeira de Mello há ações positivas do Estado, como guarda de pessoas e coisas perigosas, que expõe terceiros a risco, como o homicídio de um presidiário por outro, os danos sofridos pela vizinhança de um depósito militar que venha a explodir em decorrência de um raio, ou vazamento de radiação de uma central nuclear, de modo que os riscos a que terceiros são expostos não poderiam deixar de serem assumidos pelo seu criador[242].

Responsabiliza-se aquele que cria o risco (teoria do risco criado), independentemente de culpa. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, entretanto, a

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[240] BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5159>. Acesso em: 17 fev. 2011.

[241] Ibid., loc. cit.

[242] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 823-824.

teoria do risco prevista no Código Civil de 2002 pressupõe a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge em razão da própria atividade danosa (risco-proveito)[243], o qual para Carlos Roberto Gonçalves se fundaria no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em conseqüência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ubi ônus*)[244].

Podemos historicamente visualizar a teoria do risco sendo abraçada pela legislação brasileira através do Decreto nº. 2.681 de 7 de dezembro de 1912, que regula de forma objetiva a responsabilidade civil das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais.

Outro exemplo é o art. 1.521 do CC/16 (correspondente ao art. 932 do CC/02), bem como a Lei 5.316/67 que integrou o seguro de acidente de trabalho a previdência social, hoje revogada pela Lei 6.367 de 19 de outubro de 1976. As Leis nº 6.194/74 e 8441/92 (seguro obrigatório de acidentes de veículo – DPVAT) a Lei nº. 6.938/81 por danos ao meio ambiente e por fim o CDC (Lei 8.078/90).

Como dito anteriormente, a jurisprudência inicialmente se posicionou em uma postura intermediária adotando a culpa presumida. Verificando a necessidade de reparabilidade dos danos e a ocorrência da prova diabólica[245] que, muitas vezes, impedia a vítima de provar a culpa do agente, chegou-se à noção de que culpa por si só era insuficiente para promover a pacificação social. Retirou-se da vítima, então, a obrigação de realizar a prova em alguns casos, lançado tal ônus sob o agente, em nítida hipótese de inversão do ônus da prova.

A já superada Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n. 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho são exemplos dessa manifestação jurisprudencial:

> STF Súmula nº 341 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição:*

---

[243] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V.III, op.cit, p.139.

[244] GONÇALVES, op.cit, p. 31.

[245] Segundo Fredie Didier Jr., a prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida para uma das partes ou para ambas. Citando os autores um exemplo de Gerhard Walter, também reproduzido por Marinone, de um caso onde uma pessoa morre afogada em uma piscina de um clube e a família busca uma indenização em razão da responsabilidade do clube sob a tese de afogamento em local não adequado para o banho sem que houvesse aviso para os banhistas. O clube por sua vez alegou colapso cardíaco ou circulatório. Ao final do processo não sendo comprovadas qualquer das teses afogamento ou colapso, para os doutrinadores o clube deveria suportar o ônus da condenação, pois assumiu o risco da inesclarecibilidade dos riscos da piscina, bem como assumiu o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o dever de proteção/prevenção e(com a sinalização devida) e o acidente fatal. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação da tutela.** Volume 2. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 22/23).

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

> *Imprensa Nacional, 1964, p. 149*. Presunção - Culpa do Patrão ou Comitente - Ato Culposo do Empregado ou Preposto: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto[246].
>
> TST Enunciado nº 331 - Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade
>
> [...]
>
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)[247].

Posteriormente, a jurisprudência acompanhando o pensamento doutrinário se rende às diversas hipóteses de responsabilidade civil objetiva:

> O recurso especial admite conhecimento parcial, vez que não prequestionado no acórdão recorrido o art. 22 da Convenção de Varsóvia nem discutida a tese de que embora o texto do art 19 estabeleça que o transportador responde pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagem ou mercadorias, no mesmo artigo não se vê qualquer referência à multa de 4.150 DES, devendo qualquer indenização voltar-se para a responsabilidade limitada prevista no art. 22 da mencionada legislação.
>
> Quanto à responsabilidade do transportador aéreo, duas correntes se firmaram na doutrina: uma entendendo ser a responsabilidade objetiva em virtude do risco contratual, outra que se está diante de responsabilidade fundada na culpa, com inversão do ônus da prova.
>
> São partidários da primeira corrente: Carlos Augusto Guimarães; Sampaio de Lacerda e Rui Stoco. Representam a Segunda orientação: José de Aguiar Dias e Cláudia Lima Marques. É lição de Rui Stoco, *in* Tratado de Responsabilidade Civi, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, pág.: 210:
>
> "Na aviação comercial não se pode desprezar o caso fortuito e a força maior como causas excludentes da responsabilidade, não obstante nosso entendimento de que a responsabilidade do transportador aéreo é objetiva. É que, na responsabilidade objetiva, exige-se apenas a mera relação causal entre o comportamento e o dano.
>
> Ora, o fortuito e a força maior rompem esse nexo causal e desfazem o liame que justifica a responsabilização. É que ocorrendo força maior, de natureza irresistível, o fato será relevante apenas para comprovar a ausência do nexo causal entre a atuação da companhia aérea ou seus prepostos e o dano ocorrido. Isso pela simples razão de que se foi produzido por força maior, então não foi, à evidência, produzido pelo responsável pela aeronave sinistrada, restando ausentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade objetiva.
>
> Não se pode deslembrar que o transportador assume uma obrigação de resultado, ou seja, transportar o passageiro são e salvo até o destino. Mais,

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[246]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 341.** Disponível em: http://www.stf.gov.br. Acesso em 10 de dez. 2010, às 20:00.

[247]BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado nº. 331.** Disponível em: http://www.tst.gov.br. Acesso em 10 de dez. 2010, às 20:20.

> assume obrigação de incolumidade, de modo que não basta transportá-lo até o destino. Deve conduzi-lo são e salvo. A não obtenção desse resultado importa no inadimplemento das obrigações assumidas e na responsabilidade pelo dano ocasionado. Não se eximirá da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso ocorreu por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima. "
>
> *In casu,* a sucção do urubu pela turbina do avião da companhia aérea demandada não se constitui em caso fortuito externo. Ao contrário, a previsibilidade de sua ocorrência usual, inclusive, certificada por pesquisas divulgadas pela Comissão de Segurança de Vôo do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA) desconfigura sua qualificação jurídica como caso fortuito[248].

Logo, a responsabilidade civil objetiva em nosso ordenamento jurídico encontra perfeita guarida. A teoria do risco funcionou como importante elemento de ampliação para sua aplicação, quebrando a noção pontuada e casuística das previsões legais expressas, aumentando o leque de possibilidades desta espécie de responsabilização.

A teoria do risco encontra algumas críticas, tais como, a provocação da estagnação econômica e o retrocesso à visão primitiva de responsabilidade, entre outras.

Ocorre que a despeito da teoria do risco, não se verifica nenhuma paralisação ou mitigação da atividade econômica e a nova visão de responsabilidade sem culpa se distância da responsabilidade primitiva, na medida em que a primeira funda-se na proteção e na garantia de efetiva reparação da vítima, olhando para sua dignidade enquanto ser humano, enquanto que a segunda fundava-se na idéia de vingança.

Esta visão de dignidade da pessoa humana é apontada inclusive por José Antônio Ribeiro como novo fundamento da responsabilidade civil critério mais completo para voltar-se a atenção para vítima[249]. Vale lembrar que a Constituição de 1988 no art. 1º, inciso III estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, atuando o constituinte sobre forte influência do jusnaturalismo racionalista de Kant.

Para Kant, os princípios práticos são proposições que encerram uma determinação universal da vontade, subordinando-se a essa determinação diversas

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[248] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 401.397/SP.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi, J. 27.06.2002, RSTJ 161/310.

[249] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, op.cit, p.152.

regras práticas[250]. O pensamento kantiano de universalidade dos princípios confere a este uma interligação a própria humanidade, ou seja, onde quer que exista o homem este se faz.

É importante compreender o contexto histórico no qual estava envolto o filósofo, qual seja, de uma monarquia aristocrática, cuja moralidade Kant tenta combater, influenciado, certamente pelos ideais republicanos do século XVIII e outras transformações políticas e sociais por quais passava a Europa. Estas transformações elevaram o homem para o centro do discurso, fortalecendo o discurso kantinao.

Kant defendia que fundamento da dignidade da pessoa humana repousa na autonomia do ser humano, pela capacidade de determinar-se e agir conforme as leis denotando uma capacidade racional própria dos seres humanos.

É esta racionalidade que diferencia os seres humanos das coisas e lhe empresta dignidade.

A noção de Kant do homem como centro e do homem como pessoa e fim de todas as coisas, jamais como meio, fundamenta a imposição de limites às atividades que exponham a perigo o direito à vida, à dignidade e à intimidade do ser humano.

Portanto, de modo geral, apreende-se que os direitos da personalidade encontram sustentáculo no princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo que ainda que se seja o mais positivista possível a proteção da dignidade da pessoa humana se encontra garantida, expressamente, no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal. Assim também se encontra expressa em diversos ordenamentos alienígenas e internacionais tais como no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, bem como na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da UNESCO.

A despeito da Constituição brasileira não ter expressamente tutelado, por norma, a personalidade humana, o fez por via principiológica, abrindo possibilidade para o art. 11 do Código Civil de 2002, para qual com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Lima Neto pontua a despeito do Projeto de Lei nº 6.960/2002, propõe alteração do retro mencionado artigo para incluírem expressamente direitos como a

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[250] KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. Editora Martin Claret. São Paulo - SP, 2003. p. 16

integridade física, ao nome e à imagem, à honra, à privacidade e à intimidade seria interessante, mas não essencial em razão de tais diretos já se encontrarem positivados no próprio Código Civil no capitulo II e por ser o atual art. 11 do CC/02 uma porta aberta aos direitos da personalidade[251].

Considerando seres humanos, dentro da visão antorpomórfica kantiana, estes, não podem ser tratadas como coisas e portanto, não devem ter sua intimidade genética devassada para que se aumente a lucratividade, porque como bem alerta Ricardo Maurício, na lição de Kant a pessoa é um fim em si mesma não podendo converter-se em intuito para realizar um eventual interesse[252] .

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a existência de direitos da personalidade, como o direito à intimidade genética, mas para construção de uma teoria que defina a responsabilização como objetiva nas relações de emprego e de consumo, é preciso ir mais além, na busca de princípios próprios que denotem mais claramente a imperiosidade de se prescindir da culpa nestas relações.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de fato, tem possibilitado uma aproximação do direito à justiça, mas o seu uso indiscriminado a todas as situações concretas tem sido alvo de severas críticas em âmbito acadêmico, inclusive pelo desgaste e desvalorização que se provoca no instituto.

Por isso, no caso em tela, entendemos que o principio da dignidade humana também atua, genericamente, para proteger o direito à intimidade genética e justificar a indenização por sua violação, todavia seja a vulnerabilidade, o princípio mais adequado e específico, para os casos aqui tratados (contratos de consumo e emprego).

Assim, defendemos que a dignidade da pessoa humana atua em âmbito amplo, lato, por trazer o homem para o centro da importância nas relações, com base em um pensamento racionalista, não mais apegado a noção de direito natural.

Possuir um emprego, assim como consumir "saúde" são imperativos sociais, que colocam as pessoas em situação de vulnerabilidade, limitando suas possibilidades de escolha, de modo que ainda encarregar-nos-emos de discutir a culpa

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[251] NETO, op.cit, p.91-92.

[252] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**, op.cit, p.87.

torna a reparação inviável e feri-lhes em sentido lato a dignidade, por legitimá-los como elementos de uma estratégia de lucro e produção.

Também, não basta haver pura e simples a alusão à dignidade da pessoa humana, para justificar a responsabilização objetiva, há casos, pois como a violação à intimidade genética onde é preciso vislumbrar outros fatores, como a presença de desigualdade entre as partes, que justifique a intervenção estatal para retirar a subjetividade da responsabilização, na busca de reequilibrar as forças.

De fato, as relações de consumo e de emprego são campos férteis de desigualdades. Impera-se, pois que nas hipóteses trabalhadas nesta dissertação para violação da intimidade genética (nas relações de consumo e emprego) que nelas se apliquem a responsabilidade civil objetiva.

5.3.2 – Relações de consumo.

Como dito anteriormente a violação a intimidade genética decorrente de exames exigidos pela seguradora, ocorre dentro de uma ralação de consumo, como visto anteriormente, sendo esta por força de disposição legal regulada por responsabilidade objetiva, no Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Esta previsão do CDC fora repetida no art. 931 do CC/02, o qual conforme salienta Carlos Roberto Gonçalves, tem finalidade específica de proteger o consumidor, não havendo incompatibilidade entre a legislação consumerista e a civilista[253]. Portanto, uma vez realizado ou exigido indevidamente o exame, configurada estaria a hipótese legal.

A questão é: e se o consumidor tomar ciência do teste anteriormente à sua realização e recusar-se a fazê-lo?

Ainda que não realizado o exame, que devassa à intimidade genética do contratante/contratado, a simples exigência do teste genético para participação em planos de saúde configura prática abusiva e lesão a ser responsabilizada civilmente, ainda que n por oco concluído o contrato, por ocorrer neste caso a situação de

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[253] GONÇALVES, op.cit, p.132.

proximidade social qualificada, entre o lesante o lesado. Segundo Judith Martins trata-se das faces positivadas relações pré-negociais, uma vez que os danos podem ocorrer em razão dessa proximidade, devendo-se averiguar a possibilidade e/ou a conveniência de pactuarem um negócio jurídico[254].

Vale lembrar que esta aproximação decorre de uma sistemática imperiosa a uma das partes, no caso o contrate, que é essencialmente vulnerável e compelido às relações de consumo. Suas escolhas nem sempre são autônomas e devem passar por um olhar crítico das estruturas de poder presentes na sociedade e sua influência lesiva na escolha das pessoas, especialmente daquelas em situação de vulnerabilidade, como alerta Débora Diniz e Dirce Guilhem[255].

Judith Martins sustenta ainda, que esta situação de vulnerabilidade na fase pré-contratual é mais latente quando se trata de uma relação de consumo, mas não é exclusiva destas relações e podem também ocorrer fora da disciplina consumerista, onde deve ser solucionada com base nos princípios e nas regras de direito civil[256].

Portanto, a responsabilidade objetiva do fornecedor, nas relações de consumo, ainda que na fase pré-negocial, decorre do princípio da vulnerabilidade, que fará expandir a previsão contratual do art. 14 do CDC, para fase pré-contratual, pois como defende Judith Martins, entre as partes não existe nesta fase apenas uma relação ocasional e fortuita[257], ao contrário, seguindo o pensamento do STJ, externado anteriormente, existe, ainda, uma previsibilidade do dano decorrente da situação de risco.

Realmente, a noção valorativa dos bens jurídicos vida e saúde, no mundo ocidental, aliadas à ineficiência do Estado em prestar um serviço gratuito e de qualidade no âmbito da saúde, transforma a busca pelos planos de saúde em um imperativo social que aumenta a vulnerabilidade de seus consumidores.

Como bem salienta Ricardo Maurício a grande maioria dos consumidores vive na condição de meros figurantes, ou até mesmo espectadores, no palco das relações econômicas[258]. Isto implica dizer que, não apenas a noção de risco

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[254] MARTINS-COSTA, op.cit, p. 20.

[255] DINIZ; GUILHEM, op.cit, p. 186.

[256] MARTINS-COSTA, op.cit, p. 20.

[257] Ibidi., loc. cit.

[258] SOARES. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**, op.cit, p.15.

fundamenta a responsabilização objetiva, mas também a vulnerabilidade no seu viés principiológico, decorrente da vulnerabilidade característica, inata ao consumidor.

Assim, como exigir comprovação de culpa na exigência do teste genético? Esta nova realidade mostra-se incompatível com a teoria subjetivista, de modo que provado o fato da exigência da informação genética para realizar o contrato, configurar-se o dano a direito da personalidade e surge objetivamente o dever de indenizar, bem como quando o teste é efetivamente realizado como condição para integrar o plano de saúde, limitando-se ao consumidor a provar o fato da exigência ou da realização do exame.

5.3.3 – Relações de emprego.

Há por fim, considerando o segundo corte axiológico desta dissertação, de analisarmos quando a violação genética decorre de uma relação de emprego (contratante x contratado).

Cumpre verificar as seguintes possibilidades: a) quando por ato do empregado se viola a intimidade genética de terceiro; b) quando o teste genético é exigido na seleção, nos exames periódicos ou no desligamento do empregado e c) o direito de omitir informações genéticas na seleção de emprego e d) quando o empregado que não foi submetido a teste genético desenvolve patologia multi-causal (decorrente de fator genético e ambiente de trabalho cumulativamente).

a) quando por ato do empregado se viola a intimidade genética de terceiro.

O Código Civil de 2002 em seu art. 932, inciso III, quando fala sobre o dever de indenizar envolvendo empregados e terceiros, assim preceitua:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> [...]
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Para doutrina e jurisprudência trata-se de inegável hipótese de responsabilidade civil objetiva, pois teria o Código Civil de 2002, alterado o cenário e valendo-se da teoria do risco teria acabado com as melindrosas presunções de

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

culpa consagrando definitivamente a responsabilidade objetiva nas hipóteses previstas nos artigos 932 e 933[259].

Esta consagração tornou consequentemente, superada e ultrapassada a já mencionada Súmula 341 do STF, segundo a qual é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, restando agora apenas ao empregador realizar a prova de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia ou em razão dele.

É possível verificar que a CLT, no art. 2º., *caput,* ao definir a figura do empregador, o conceituou como sendo aquele de assume os riscos da atividade econômica. Portanto, o empregador assume todos os riscos do empreendimento, inclusive os dos atos praticados pelos seus empregados, somente se escusado, em alguns casos, mediante prova de que seu mandatário não agiu com culpa,[260]ou que o fato decorreu de fortuito ou força maior, ou ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima do dano.

A previsão do art. 932, inciso III do CC/02 vai além da relação de emprego: requer simplesmente a existência de um negócio jurídico celebrado entre o sujeito responsabilizado e o autor material do dano, praticando este último a conduta lesiva[261].

Vale ressalvar que há hipóteses de responsabilidade subjetiva, como em acidente de veículos, onde o empregador poderá escusar-se pela prova de ausência de culpa do empregado que dirigia o veículo, mas ainda assim, perante a vítima, o empregador responde objetivamente, não se perquirindo a culpa pela eleição do empregado. Assim podemos dizer que no âmbito interno é subjetiva e no externo objetivam a responsabilização.

Considerando agora, a hipótese da fase pré-contratual não abraçar as relações trabalhistas, apenas no plano especulativo, se aplicaria à exigência indevida do teste genético a responsabilidade civil objetiva do contratante por ato de seu empregado, comitente ou preposto que nesta fase de seleção violasse a intimidade genética do candidato nos termos do art. 932, inciso III do CC/02.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[259] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.148.

[260] DINIZ. **Curso de Direito Civil Brasileiro 7. Responsabilidade Civil,** op.cit, p.540.

[261] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.160.

Todavia, como fora defendido anteriormente a fase pré-contratual será abraçada pela relação de trabalho e, portanto, inaplicável esta possibilidade, de modo que trataremos em tópico próprio esta hipótese.

Diante do esposado, conclui-se que aquele cuja intimidade genética seja violada e que poderá argüir a responsabilidade objetiva do empregador ou comitente, com fulcro no Código Civil em seu art. 932, inciso III é o terceiro totalmente isolado de relação contratual de trabalho com o empregador, como por exemplo, alguém que comparece a um laboratório para realizar exames convencionais e um dos empregados desta empresa coleta indevidamente suas informações genéticas ou as divulga sem a devida autorização, sem fins de seleção para vaga de emprego, neste caso o laboratório responde objetivamente pela conduta do seu empregado.

Portanto, ainda quando o ato de invasão a intimidade genética em uma questão eminentemente discriminatória (que não seja decorrente de relação de trabalho ou de consumo) advier de uma pessoa privada (uma ONG ou um laboratório de pesquisa, por exemplo) esta responderá objetivamente a luz do art. 932, inciso III do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva do empregador ou do comitente por atos de seus empregados, serviçais, prepostos, por atos decorrentes da relação de trabalho ou em função dele, surgindo assim uma responsabilização solidária entre quem realiza o teste genético não consentido e o solicitante.

b) quando o teste genético é exigido na seleção, nos exames periódicos ou no desligamento do empregado.

Considerando a hipótese abraçada neste trabalho, segundo a qual a legislação trabalhista alcança as relações pré-contratuais, quando abordamos a possibilidade de violação à intimidade genética no campo das relações de emprego, teríamos neste caso uma relação de emprego prévia entre a o solicitante do teste e o candidato à vaga que não constitui mero fortuito.

A ampliação do conceito de relação de emprego, para abraçar a fase pré-contratual, faz surgir um problema: a espécie da responsabilização será subjetiva ou objetiva?

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

Na relação de emprego em si não há uma pacificação quanto à espécie de responsabilidade do contratante (subjetiva ou objetiva) por danos causados ao empregado, uns filiam-se a previsão do art.7º, inciso XXVIII da CF/88 para sustentar a primeira e outros se fundam na teoria do risco, com base no parágrafo único do art. 927 do CC/02 combinado com art.7º, inciso XXVIII da CF/88 para defender a segunda.

Lembre-se que a previsão do art. 932, inciso III do CC/02, como vimos, visa a proteger terceiros, ou seja, aqueles que não participam da relação de trabalho e são atingidos por ato do empregado, preposto ou comissário.

A questão, portanto, é definir a responsabilização quando a relação é interna, empregado e empregador, comitente e comissário, quando os primeiros causam danos aos segundos. A definição da espécie de responsabilidade neste caso é de suprema importância, pois pode implicar em resultados distintos quanto ao dever de indenizar.

Considerando que a relação pré-contratual, neste caso, analogicamente ao que defendemos no caso das relações pré-contratuais em consumo, regula-se pelas normas aplicáveis a relação de emprego, não mais poderíamos tratar o possível contratado como terceiro para aplicar a responsabilidade objetiva prevista no art. 932, inciso III do CC/02.

Como resolver o conflito lógico de emprestar estrutura subjetivista ao futuro empregado ou ao empregado efetivo que se encontra em maior situação de vulnerabilidade e proteger objetivamente o terceiro que não se submete a qualquer injunção do empregador e não possui medo de uma possível represália?

Segundo Carlos Frederico, a Constituição Federal de 1988 exigiu, de forma expressa, a comprovação de culpa ou dolo do empregador para lhe impor a obrigação de indenizar, teria, pois, nas palavras do dissertador, o constituinte optado por um núcleo fechado, fundado na responsabilidade subjetiva, do qual o legislador infraconstitucional não poderia se afastar[262].

Em que pese o poder argumentativo de Carlos Frederico, a previsão constitucional se refere a danos decorrentes de acidentes de trabalho e diversos outros doutrinadores tem se pautado em sentido contrário. Podemos citar a obra de

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[262] ANDRADE, op.cit, p.56.

José Antonio Ribeiro da Silva[263], onde este aponta alguns teóricos que saíram em defesa da responsabilidade objetiva no contrato de emprego:

- Doutrina de José Caio Junior – fundada na relação contratual na qual o empregador tem o dever de zelar pela incolumidade do empregado (art. 7º, XXII da CF/88). Caio Junior aponta ainda para falta de lógica que seria permitir que os terceiros pudessem requerer a indenização por via objetiva e o empregado, que possui maior possibilidade de sofrer danos não.

- Doutrina de Raimundo Simão de Melo – sustenta a responsabilidade objetiva do empregador com base na responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente (§3º do art. 225 da CF).

- Doutrina de Claudio Brandão – sustenta que houve mudança de paradigma na teoria da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro com a inserção do parágrafo único do art. 927 do CC/02.

A violação à intimidade genética (considerando até mesmo a simples exigência do teste) não se compatibiliza diretamente com a idéia de acidente de trabalho, a ser trabalhado no próximo tópico, mas se trata de conduta ativa do empregador que condiciona a concessão da vaga de emprego ou a manutenção deste, de acordo com a propensão genética de alguém.

Por isso, a responsabilidade objetiva por violação à intimidade genética, não deve buscar se assentar, exclusivamente, em princípios genéricos como a dignidade da pessoa humana, mas buscar uma especificação que lhe garanta maior pujança e justificação. Logo, a vulnerabilidade, calcada na desigualdade é quem melhor fundamenta a exclusão da culpa nestes casos.

É comum, no Brasil, se verificar uma dificuldade em compreender que o dever de indenizar pode surgir independentemente da noção moralista de culpa, na relação de emprego. Esta visão decorre de fatores históricos, que se iniciam com o processo de colonização, o qual foi baseado no extrativismo e no escravismo, exclusivamente voltado para o mercado externo, perdurando por séculos este sistema econômico.

A primeira evolução na ordem econômica a retirou do extrativismo para o patrimonialismo, no regime pós-independência, assentando o poder nos barões do

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[263] SILVA. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, op.cit, p. 168 et seq

café, que durante quase dois séculos, incluindo toda a República Velha, mantiveram uma estrutura econômica agrícola, com pouca valorização da mão de obra, sendo em boa parte deste período, ainda escrava e negra, em uma estruturação materialista, excludente e preconceituosa que levava a supremacia do interesse individual sobre o coletivo.

Nem mesmo o processo de urbanização e industrialização, experimentado no início do século XX, foi suficiente para mudar o modo de se encarar o empregado no Brasil, como figura diminuta, descartável, imprestável e preguiçoso. Assistiu-se a um crescimento desordenado das cidades, massificando o desemprego, aveludado em uma política populista dos governantes, gerando um processo de favelização das metrópoles, de modo que sem educação, moradia e condições mínimas de dignidade, o empregado em nada diferenciava do escravo.

A criminosa concentração da renda, que se perpetuou desde a formação do Estado brasileiro até os dias atuais, contribuiu para criação de uma sociedade trina onde o pai é a desigualdade, o filho a violência e espírito é o patrimonialismo que os liga e os justifica. Nesta sociedade, uma maioria de subintegrados se submete aos interesses de uma minoria abastada, que considera a concessão de uma vaga de emprego uma grande esmola social. Não se visualiza o empregado como elemento essencial do desenvolvimento econômico, muito menos como pessoa, mas primeiro como um custo a ser reduzido, a qualquer custo.

O Estado é omisso na efetivação dos diretos fundamentais, especialmente os sociais, mas tributa excessivamente as pessoas físicas e jurídicas e ainda coloca a encargo das empresas, boa parte, do custo social, em uma política falácio-protecionista do empregado. As empresas preferem não rivalizar com o Estado e buscam aumentar sua margem de lucro reduzindo os custos, com investimento em tecnologia para redução da mão de obra, gerando mais desempregados.

Esta visão do empregado no Brasil, como custo, é que justifica o cliente, aquele que gera o lucro, se beneficiar da responsabilidade objetiva e o primeiro, embora muito mais exposto aos riscos, ser empurrado a comprovar a culpa do empregador.

Poder-se-ia questionar então: o direito à intimidade genética, sendo um de direito de cunho individual, não estaria nesta proteção ora sustentada, prevalecendo sobre o interesse coletivo do desenvolvimento econômico e conseqüente geração de mais empregos?

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

A resposta é negativa, pois a proteção do direito a intimidade genética, nos países marginais, deve passar por uma leitura macrobioética de modo a evitar a discriminação e fazer valer a democratização. Trata-se, pois, de uma visão transindividual, como defende Manoel Jorge:

> Um dos reflexos mais importantes do postulado democrático no contexto trabalhista é a proibição da discriminação.
>
> Como evidência, se a democratização nas relações de trabalho entre empregados e empregadores pressupõe, dentre outras conseqüências, o fato de se conferirem iguais oportunidades aos trabalhadores contratados e contratáveis, seria realmente impensável vicejasse qualquer procedimento discriminatório na unidade empresarial[264].

Para Manoel Jorge, se a discriminação ocorre contra empregado contratado, fere-se interesse coletivo dos empregados do estabelecimento, ao tempo que em se dando no momento da contratação (seleção de empregados) ofende interesse difuso dos trabalhadores em geral[265]. O que leva o autor a concluir que a discriminação nas relações de trabalho sempre é de natureza transindividual.[266]

Portanto, a discriminação por ordem genética nas relações de emprego não atinge apenas uma pessoa, a vítima do assédio a fornecer suas informações genéticas, mas todos os outros empregados, sejam eles efetivos ou potenciais, por ser interesse metaindividual, que se manifesta por meio coletivo ou difuso.

Ainda que buscada individualmente, a reparação por tal violação, o juiz deve estar atento ao caráter pedagógico da indenização, não somente para compensar a vítima, mas também para inibir esta conduta discriminatória que atinge a toda sociedade.

Contrariamente, no Brasil o endeusamento da propriedade privada retrai as possibilidades de reparação das vítimas. É comum em diversas sentenças existir larga argumentação para justificar o valor reduzido da indenização, sob o argumento de não gerar um enriquecimento sem causa para vítima, que esconde, muitas vezes, até mesmo inconscientemente, a defesa da propriedade do ofensor.

Privilegia-se a manutenção da propriedade do agressor e gerador do dano e deixa-se de cumprir de forma efetiva o dever de educar e reprimir, caráter pedagógico da indenização, perpetrando-se os danos e inchando o Poder Judiciário de ações repetidas, que poderiam ser evitadas mediante uma postura mais

---

[264] SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**, op.cit, p.172.

[265] Ibid., loc. cit.

[266] Ibid., loc. cit.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

enérgica, que incentivasse maiores investimentos para diminuir os riscos e os danos ás pessoas e ao meio ambiente.

A doutrina, como já vimos, tem avançado no sentido de inverter essa lógica perversa. Venosa leciona, por exemplo, ao tratar do assunto sob comento, que os ordenamentos jurídicos buscam cada vez mais aumentar a possibilidade de reparação:

> Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral. Violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fato de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. È claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais.[267]

O mesmo doutrinador em obra mais atualizada, aponta que a teoria da responsabilidade objetiva demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX, a partir de um repensar e de uma reestruturação de muitos dogmas que limitavam a responsabilização a culpa[268].

O Direito do Trabalho, como aponta Godinho possui matriz de origem no Direito Civil[269], sendo este fonte subsidiária do primeiro. O doutrinador alerta que os critérios da responsabilização civil, por exemplo, fundada na culpa, no caso do dano acidentário[270]. Para Godinho, os avanços verificados no plano civilista podem, sem dúvida, atingir também o plano juslaboral, quando há a compatibilidade entre os segmentos jurídicos. Assim, o autor salienta que existe no Direito Civil uma tendência em objetivar a responsabilidade do empregador, citando a teoria do risco[271].

A violação pelo contratante da intimidade genética do empregado, seja fase pré-contratual ou contratual decorre necessariamente da atividade que este desenvolve e do proveito que dela retira, buscando ainda mais ampliá-los de modo a excluir possíveis trabalhadores problemas de seus negócios, o que se coaduna com a teoria do risco.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[267] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

[268] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

[269] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p.78.

[270] Ibid., loc. cit.

[271] Ibid., loc. cit.

Logo, a teoria do risco proveito é aplicável a tal hipótese, até porque a teoria do risco tem suas origens históricas justamente na discussão de reparação de danos experimentados pelos empregados, modo que o direito sob o prisma pós-positivista é dinâmico e diante desta nova teoria doutrinária que se sedimentou em nosso sistema a norma constitucional da subjetividade perdeu sua efetividade, tornando-se legítima a aplicação da nova norma civil.

Malgrado a possibilidade de sua aplicação, a teoria do risco, por si só não é suficiente para fundamentar a objetividade da responsabilização, pois a idéia de risco carrega consigo um fundo essencial de um dever do empregador em imprimir esforços para preservar a vida e a saúde do trabalhador. A imposição de tal obrigação decorre deste ter decidido assumir os riscos do empreendimento (art. 2º da CLT), ou seja, o foco, como na culpa, permanece no agente provador do dano, antes imprudente, negligente ou imperito, agora criador do risco, para obter um proveito.

Sustentamos que, com base no pensamento da doutrina mais recente, o foco deve ser revertido para vítima do dano. Somente a teoria do risco não se justificaria para implantar a objetividade da responsabilização. Olhando para quem sofre o dano à saúde, à vida ou à intimidade, visualizamos mais fortemente a dignidade da pessoa humana como fundamento geral do dever de indenizar, conforme também sustenta José Antônio Ribeiro[272].

Ocorre que a dignidade da pessoa humana por ser o fundamento de direitos da personalidade, também está presente na responsabilização subjetiva, de modo que se torna impreciso para fundamentar a responsabilidade objetiva, pois em verdade fundamenta a responsabilização como um todo, como visto anteriormente.

Em uma breve análise teleológica, verifica-se que a principal vantagem para vítima, no plano da responsabilidade objetiva, é desonerar-lhe de discutir a culpa, o que dificulta a reparação em situações como a relação de emprego, onde existe um desequilíbrio notório entre as partes. Então considerando a dignidade do homem que não poderá ser ofendida para ampliação da propriedade de alguns, impõe-se a necessidade de limitar estas agressões e aumentar a possibilidade de reparação.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[272] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, op.cit. p.188.

Será, pois a vulnerabilidade do empregado que justificará excluir-se a discussão da culpa, pois ainda que presumida, seria muito mais fácil ao empregador eximir-se de indenizar, comprovando que não agiu com imprudência, imperícia ou negligência, embora tenha provocado, ainda que indiretamente o dano.

O poder de direção e de coação do empregador torna inexigível do empregado uma postura que lhe permita discutir as cláusulas contratuais e evitar os danos.

Considerando ainda, a natureza alimentar da verba salarial que decorre do emprego e que impulsiona o contratado a esta relação, torna-se imperioso observar que se faz necessária toda uma sistemática que proteja o empregado em casos de danos, por isso a responsabilidade objetiva é a que melhor se justifica neste meandro.

Conclui-se que a conduta do empregador que exige ou realiza, ainda eu com consentimento do empregado, teste genético, mesmo que na seleção de empregados provoca dano a direito da personalidade do empregado e gera o dever de indenizar objetivamente, ante a desigualdade das partes, muito mais durante o contrato de trabalho ou para justificar a extinção deste.

c) O direito de omitir informações genéticas na seleção de emprego

Como vimos até então, as questões como perfil do securitário do plano de saúde e seleção de empregados não justifica a exigência de teste genético.

Consumidores e empregados são reféns das relações de consumo e emprego, de modo que necessitam destes para conviver e realizar-se como ser humano na atual proposta de sociedade.

A própria exigência do teste genético, pelo empregador constitui um dano a ser indenizável, por trata-se de conduta abusiva que fomenta a discriminação e a exclusão dos “geneticamente inviáveis”.

A questão é: estaria o candidato a emprego autorizado a omitir a informação de uma propensão genética, diante de uma seleção para emprego? Exigível deste que manifeste espontaneamente a situação da qual tem conhecimento, em especial quando a doença pode se manifestar no ambiente de trabalho.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

Para Judith Martins, seja em qual for o grau em que a informação é devida, o dever é à informação verdadeira[273]. Acertadamente a autora pontua que esta regra se aplica nos contratos paritários, onde a existe uma relativa igualdade entre as partes[274]. A doutrinadora sustenta que nos casos onde os contratantes encontram-se em efetiva desigualdade, o ônus de informar é relativizado, limitando-se à informações que se refiram ao conteúdo do contrato[275].

A natureza jurídica contratual da relação de emprego é abraçada pela doutrina, aqui representada pelo pensamento de Godinho, o qual identifica o elemento vontade, manifestando concretamente a liberdade, como o essencial para configuração da relação de emprego[276]. Contudo salienta o autor que, embora se trate de uma obrigação de fazer, o modo de sua operação (mediante subordinação) é o que caracteriza e especifica a relação de emprego.[277]

Godinho conclui que não há um conteúdo específico ao contrato de emprego, pois qualquer obrigação de fazer lícita, nele pode estar compreendida, desde que realizada por uma pessoa física sob certo modo operacional[278]. Assim o estado de subordinação (aliado a pessoalidade, não eventualidade e a onerosidade) é o elemento nuclear distintivo do contrato de emprego[279].

Mediante a visão de Judith Martins sobre o dever de informar e as lições de Godinho sobre o conteúdo do contrato de emprego, concluímos que cabe a candidatado ao emprego informar obrigatoriamente sobre questões atinentes a obrigação de fazer, ou seja, sobre suas condições técnicas de realizar a atividade para a qual esta sendo contratado e sobre sua possibilidade de prestá-lo pessoalmente e de modo não eventual e subordinado.

Isto posto, não viola a boa-fé a omissão do candidato ao emprego sobre fatos da sua vida social, religiosa ou sexual, assim como a omissão a respeito de informações de seus dados genéticos, posto tais informações não se vinculam ao conteúdo do contrato de emprego.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[273] MARTINS-COSTA, op.cit, p.41.

[274] Ibidem, p.43.

[275] Ibid., loc. cit.

[276] DELGADO, pó.cit, p. 314.

[277] Ibidem, p.315.

[278] Ibidem, p. 316.

[279] Ibidi., loc. cit.

Como bem salienta Judith Martins, o dever de informar não deve ser absolutizado nem hiperdimensionado ao ponto de se considerar a existência de um dever geral de informação exaustiva a cerca da totalidade das circunstâncias de fato e de direito, determinantes da decisão de contratar com semelhante incidência em todas as situações pré-negociais[280].

De fato, como aponta Judith Martins, o silencio configura-se como desleal quando se trata de um dever para um dos contratantes[281]. Neste diapasão salienta Manoel Jorge e Silva Neto, que apenas perguntas referente a doenças infecto-contagiosas, que venham no futuro comprometer a salubridade do meio ambiente de trabalho e dos demais trabalhadores, encontrariam respaldo legal. Demais questões relativas à orientação sexual, à opção político-ideológico e tudo mais que se refere à intimidade do candidato, quando não guardar relação com as funções a serem exercidas não seriam pertinentes[282].

Portanto, é assegurado ao candidato a emprego omitir ou recusar-se a responder questões que invadam a esfera de sua intimidade (entre elas as de cunho genético) por não relacionar-se com o conteúdo do contrato de emprego, limitando-se a prestar informações sobre sua aptidão para realização da atividade.

d) quando o empregado que não foi submetido a teste genético desenvolve patologia multi-causal (decorrente de fator genético e ambiente de trabalho cumulativamente).

Diante da impossibilidade do empregador devassar a intimidade genética do empregado, deverá este responder por eventuais danos sofridos pelo empregado no curso da relação de emprego, decorrentes de manifestação de doença genética desencadeada exclusivamente em razão da atividade profissional?

Imaginemos uma situação alguém possuindo um problema genético de desconhecimento do empregador é admitido para trabalhar em uma empresa, em uma atividade que por sua natureza funcione como ambiente propício para o

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[280] MARTINS-COSTA, op.cit, p.46.

[281] Ibidem, p.47.

[282] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, op.cit, p.116.

surgimento de uma doença, a qual somente se manifesta ante a imprescindível questão genética combinada a este determinado ambiente.

Esta doença poderia ser considerada do trabalho, pois segundo o art. 21, inciso I da Lei nº. 8.213/91 equipara-se ao acidente de trabalho tudo que provoque morte, exija intervenção médica para recuperação ou gere perda ou diminuição da capacidade de trabalho, quando o fato estiver ligado ao trabalho, ainda que este não seja sua causa única.

Caracterizando-se como doença ocupacional e consquentemente como acidente do trabalho, neste caso, necessário se faz retomar a discussão sobre a espécie de responsabilização.

Em uma análise pusilânime, adotando a responsabilidade civil objetiva o empregador terá o dever de indenizar por força da teoria do risco prevista no parágrafo único do art. 927 do CC/02, ao tempo que se adotando a responsabilidade subjetiva, do art. 7º, XXVIII, da CF/88, esta obrigação pode não ocorrer se não comprovada a culpa da empresa.

Em recente julgado a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais enfrentou uma questão onde um reclamante apresentou distúrbios psiquiátricos após um período significativo de estresse, trabalhando em uma instituição para recuperação de menores infratores.

A perícia do caso retro mencionado apontou a causa genética da doença diagnosticada como transtorno afetivo bipolar, da qual sua irmã também era portadora, tendo, por fim, o perito caracterizado a doença como do trabalho, por ter sido desencadeada por condições especiais (fatores de risco) existentes em suas atividades/ ambientes de trabalho.

> EMENTA: DOENÇA OCUPACIONAL. De acordo com o art. 21, inciso I, da Lei nº. 8.213/91, configura-se a concausa vinculada ao trabalho quando contribui diretamente para a morte do segurado ou para a redução ou perda de sua capacidade laborativa. Embora o autor tenha predisposição para a doença (irmã bipolar e pai andarilho), a sua exposição aos agentes nocivos à sua saúde foi conclusiva para o aparecimento/agravamento da doença.[283]

No julgado mencionado o Relator, Desembarador Luiz Ronan Neves Koury demonstrou bem, o ora defendido, de que a idéia de risco de alguma forma continua vinculada a noção de culpa, pois ambos olham para o agente que provoca o dano.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.pdf-drive.com

[283] BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 01332-2008-023-03-00-4.** Segunda Turma. Juiz Relator: Desembargador Luiz Ronan Neves Koury. Data de Publicação: 03/02/2010. Disponível em http://www.trt3.jus.br. Acesso em 22 set. 2010, às 18:00.

Apontou o desembargador do trabalho que "houve negligência ao contratar empregado com predisposição ao aparecimento de transtorno bipolar para o exercício de tal atividade"[284].

Ora analisando a frase do desembargador supramencionado podemos erroneamente concluir que seria possível a empresa realizar teste genético para não admitir o empregado e assim liberar-se de tal culpa. Ocorre que como já fundamentado a exigência de tais informações constitui violação à intimidade e ato discriminatório. Portanto a questão não pode ser pensada por meio da culpa, pois esta é incompatível com a proteção do direito à intimidade genética.

Em que pese Carlos Frederico, anteriormente citado, ao escrever sobre a intimidade genética nas relações de emprego, em trabalho de conclusão de mestrado desta casa, ter inclinado-se pela responsabilidade subjetiva do empregador[285] sustentando que a previsão do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por ser norma infraconstitucional, mesmo posterior não poderia afastar a previsão do art. 7º, XXVIII, da CF/88 e que inexiste parâmetro legal para o entendimento do que é "atividade de risco", ousa-se nesta pesquisa desconfiar.[286].

Reconhecidamente, ainda, nas hipóteses em que envolve acidente de trabalho, dentre elas as questões de doença ocupacional, a responsabilização objetiva não tem encontrado grande espaço nos tribunais e em diversos julgados tem cedido lugar à responsabilização subjetiva, mas com culpa presumida, em razão da natureza contratual da relação e também justamente pela dificuldade de assentamento da teoria do risco, conforme podemos apreender do julgado do STJ:

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.
>
> - O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.
>
> - A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[284] Ibidi., loc. cit.

[285] ANDRADE, op.cit, p.56-57

[286] ANDRADE, op.cit, p.56

> do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.
>
> - Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.
>
> - A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade hgcvhdfhnobjetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.
>
> - O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.
>
> - Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. **Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.** Recurso especial provido[287]. (*grifamos*).

O TST em recente julgado também se inclinou pela responsabilidade subjetiva, com base na culpa presumida, contratual:

> RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. DEVER DE INDENIZAR. MODALIDADE DE RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. [...] Como se observa, o direito do trabalho possui disciplina específica no que diz respeito aos requisitos do dever do empregador de indenizar o empregado, consagrada no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Não cabe a aplicação, nem mesmo de forma subsidiária, da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade de que trata o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pois o direito laboral possui norma expressa sobre o tema. Ademais, não consta do acórdão recorrido nenhuma referência acerca de fato que possa demonstrar, de modo objetivo, a existência de dolo ou culpa da Reclamada na ocorrência do infortúnio que vitimou o Reclamante. Pelo contrário, o que está registrado na decisão recorrida é que a Reclamada observou a norma do art. 157 da CLT e que o Reclamante agiu com imprudência ao operar a máquina em que se acidentou sem o devido dispositivo de proteção, que, ao que consta, era fornecido ao empregado. De acordo com o entendimento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, a culpa exclusiva da vítima é fator excludente da responsabilidade do terceiro apontado como ofensor, por ausência de nexo de causalidade entre a lesão e o ato do suposto agressor. Ao consignar que a Reclamada não deve responder pelos danos alegados pelo Reclamante ante a não comprovação da culpa empresarial, o Tribunal Regional decidiu em conformidade com o disposto no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, pois prestigiou a teoria da responsabilidade subjetiva do

[287] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº. 1067738/GO - 2008/0136412-7. Terceira Turma. Ministro Relator: Sidnei Beneti. Ministra Relatora do Acórdão: Nancy Andrighi. DJe 25/06/2009. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em 10 mar. 2011, às 16:00.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.pdf-drive.com

> empregador. Recurso de revista de que se conhece, ante a demonstração de divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento, no mérito[288].

Ocorre que a teoria subjetiva também não encontra assento pacificado na jurisprudência, muito menos na doutrina. Alexandre Agra trata-se de um contra senso imaginar que o empregador responde objetivamente pela morte de uma cliente e subjetivamente pela morte do caixa de um banco, de modo que pugna o doutrinador pela não interpretação literal ao texto constitucional, de modo que nos casos de atividade de risco, como bancos e usinas nucleares, cita, por exemplo, a atividade resulta perigo à vida e à saúde do empregado a responsabilização deve ser objetiva[289].

No próprio TST não há uma pacificação, pois como aponta o Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos é cediço que se tem admitido a aplicação da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do CC, no âmbito do Direito do Trabalho. O Ministro alerta que a despeito do inciso XXVIII do artigo 7° da Constituição Federal prever a responsabilidade subsidiária do empregador, não há qualquer óbice quanto à aplicação da responsabilidade objetiva, face ao teor do preceito insculpido no *caput* do referido dispositivo legal, de acordo com o qual os incisos ali previstos apenas estabelecem os direitos mínimos dos trabalhadores, permitindo que outros diplomas legais prevejam novas garantias que visem à melhoria da condição social destes[290].

Na doutrina, por exemplo, Alexandre Agra apresenta interessante argumentação para justificar a responsabilidade objetiva. Segundo o doutrinador no texto constitucional não encontramos expressões limitadoras como “somente” ou “em nenhuma hipótese” quando o constituinte se refere à responsabilidade do empregador fundada na culpa e no dolo[291].

Portanto, encontra-se exposta uma crise para fundamentação da espécie de responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[288] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho – **Recurso de Revista nº. 35700-12.2008.5.12.0024,** 4ª Turma, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em http://www.tst.gov.br. Acesso em 08 mar. 2011, à 17:20.

[289] BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de Responsabilidade Trabalhista. Danos Morais e Patrimoniais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p.74.

[290] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista - 73400-29.2009.5.03.0000** Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Publicação: DEJT 18/02/2011. Disponível em http://www.tst.gov.br. Acesso em 08 mar. 2011, à 21:30.

[291] BELMONTE, op.cit, p.74.

Dificilmente se pacificará em curto prazo que o parágrafo único do art. 927 do CC/02 é perfeitamente aplicável, e, inobstante a previsão do art. 7º, XXVIII, da CF/88, a responsabilidade do empregador é objetiva, nestes casos.

Geneviève ensina que no final do século XIX, alguns autores tomaram a iniciativa de hostilizar a doutrina tradicional, que via na "culpa" o único fundamento da responsabilidade civil[292]. O autor hitorigrafia que estas discurssões se inciaram no Parlamanto, em 1880, com a busca de uma extensão da responsabilidade contratual para que se protegesse mais as vítimas de acidentes, sem entretanto modificar as bases fundamentais da responsabilidade civil, tendo como avanço a inclusão do dever do empregador em promover segurança do empregado[293].

O propositos dos legiladores franceses eram bem ambiciosos: consisitia em produzir novas soluções diante das desvantagens e da inadequação do direito em razão de diversas transformações decorrentes de causas econômicas e sociais que lhes pareciam irreversíveis[294]

Esta discussão se prolongou por cerca de 18 anos na França. Inicialmente visto como impossível, a fundamentação de adcidentes com base no “risco industrial” ou no “risco profissional” irradiou pela inspirando Saleilles a difundir a “teoria do risco”[295].

Geneviève lembra que em 1897, um, outro autor, Josserand, junta-se a Saleilles na defesa da expansão da responsabilidade sem culpa, desta feita para abraçar os acidentes causados pelo fato da coisa. Demonstra que o pensamento de Josserand, já naquela época buscava a base racional da obrigação de reparar, fora da culpa, e olhando para os riscos e para a vítima[296]

É inegável que a teoria do risco, seja pela sua ampla definição, ou pelo modo como foi legislada no Brasil, em sede infraconstitucional, apresenta dificuldades para fundamentar a responsabilização objetiva, em especial nos casos de doença ocupacional (acidente do trabalho).

A despeito de ainda caminhar-se para o assentamento da teoria do risco, outras doutrinas já avançam no sentido de buscar outros fundamentos além do risco

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[292] VINEY, op.cit, p.82.

[293] Ibidi., loc. cit.

[294] Ibidi., loc. cit.

[295] Ibidi., loc. cit.

[296] Ibidem, p.84.

para justificar a responsabilidade sem culpa. José Antônio Ribeiro, por exemplo, como visto, apontou a dignidade humana, como direito e como critério mais completo e justo para se dar a devida atenção á vítima. Buscou o autor quebrar os problemas das teorizações a cerca da responsabilidade do causador do dano, de modo que é a dignidade essencial que justifica o dever de indenizar, não se cogitando culpa ou risco[297].

José Antônio Ribeiro ao concluir pela dignidade da pessoa humana como fundamento da responsabilidade civil objetiva influencia-se pela doutrina de Giselda Hironaka, a qual após perfunctória analise do pensamento kantiano, conclui que há algo de intrínseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes na essência da Humanidade, da qual ela faz parte. A este algo a autora chamou de dignidade da pessoa humana, algo pressuposto reconhecido pela razão[298].

Em que pese a noção de dignidade, fruto da razão humana e justificadora do dever de indenizar, como explicado anteriormente embora esta se demonstre mais forte na responsabilização sem culpa, na teoria subjetiva não se mostra inexistente, de modo que nas relações de trabalho, bem como nas relações de consumo podemos vislumbrar a questão da vulnerabilidade como princípio específico para justificar a ausência da discussão de culpa.

Como bem alerta Marcelo Firpo, na raiz de diversos problemas de saúde do trabalhador e saúde ambiental em países marcados pela iniquidade, como o Brasil encontrar-se a existência de processos estruturais de exclusão e de processos decisórios que priorizam interesses econômicos e políticos particulares, sobrepujando os interesses dos grupos populacionais expostos[299].

Por isso, esta dissertação propõe o princípio da vulnerabilidade do empregado como fundamento de tal responsabilização, pois impera reconhecer as subjugações do mercado de trabalho, as quais se submetem os empregados e repercuti inegavelmente no plano processual, de modo que a discussão de culpa, ainda que presumida, não côngrua com o sentido mais moderno da

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[297] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador**, op.cit, p. 152.

[298] HIRONAKA, op.cit, p. 348.

[299] PORTO, Marcelo Firpo de Souza. **Vulnerabilidade e situações de risco em grupos populacionais expostos a riscos ocupacionais e ambientais no contexto brasileiro.** Disponível em http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Pop_Amb_Porto_Text.pdf. Acessado em 08.03.2011 às 00:15.

responsabilidade civil, o de preocupar-se com a efetiva reparação dos danos, olhando para quem os sofreu e para sua dignidade enquanto ser humano.

Não parece ser o elemento culpa aplicável ao caso em tela, pois somente o teste genético na contratação, poderia gerar a ausência de culpa do empregador, o que como já visto constituiria uma hipótese discriminatória, não acatada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Adotar a vulnerabilidade do empregado como fundamento da responsabilização objetiva do empregador é a construção que se mostra mais coerente, uma vez que trabalhar a idéia de culpa implicaria na necessidade de violação do direito à intimidade genética.

Logo, ainda quando venha a ser desenvolvida uma doença ocupacional em virtude de uma predisposição genética, se esta apenas se desenvolve quando cumulada com o ambiente de trabalho, aplica-se a Lei 8.213/91 para caracterizar o acidente do trabalho, a ser reparado objetivamente pelo empregador, pelo fundamento no princípio da vulnerabilidade, não exclusas as teorias do risco e da dignidade da pessoa humana, pelos motivos esposados.

5.3.4 – A responsabilidade objetiva do Estado.

Quando a violação à intimidade genética decorrer de atividade do aparelho estatal, ou por entes privados atuando como permissionários, cessionários ou prestadores de serviço ao Estado, para captar, gerenciar ou divulgar, indevidamente as informações genéticas, configura-se a responsabilização civil objetiva, por força de o constituinte já ter atribuído tal espécie de responsabilidade ao Estado pelos danos por este causados:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> [...]
>
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirma que a responsabilidade civil do Estado prevista na Constituição Federal de 1988 é essencialmente objetiva, prescindindo da idéia de culpa, como pressuposto para

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

obrigação de indenizar[300]. Esse é o pensamento da jurisprudência, segundo a qual esta previsão constitucional como hipótese de responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo:

> A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.
>
> Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).[301]"

Coaduna com o presente pensamento o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 131, 165 e 458, II, DO CPC CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE FUNCIONÁRIO EM HOSPITAL PÚBLICO. FATO PRESUMÍVEL. ONUS PROBANDI.[...].
>
> 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.
>
> 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima.
>
> 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.
>
> 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente.
>
> 5. Incidência de indenização por danos morais.
>
> 6. Recurso especial provido.[302]

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[300] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.194.

[301] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109.615**. Relator Ministro Celso de Mello, DJ 02/08/96. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em 08 mar. 2011, à 17:00.

[302] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 602102/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21.02.2005. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em 08 mar. 2011, à 17:45.

Portanto, é ponto pacifico que no caso da violação à intimidade genética quando decorrer de ato positivo do Estado, esta será objetiva.

5.3.5 – Responsabilidade objetiva do hospital e subjetiva do médico.

Tem se tornado comum a figura do médico não empregado do hospital, mas que se utiliza do espaço físico para realizar diversos procedimentos.

É de se observar que muitas das vezes a contratação de um médico é de natureza muito pessoal, ou seja, a pessoa cria certa relação de confiança com a pessoa do médico.

Todavia, esta relação de confiança não se limita à pessoa física, mas também se estende a pessoa jurídica onde ele atua. Por exemplo, quando se contrata um profissional para realizar um determinado procedimento e ele indica pela realização em certo hospital, a imagem atributo deste hospital é levada em consideração na decisão do paciente.

Expliquemos: partindo da lição de Antonio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, a questão da responsabilização do médico não deve ater-se a sua pessoa:

> A responsabilidade civil médica é, pois, a obrigação que tem o profissional da saúde de reparar um dano porventura causado a outrem no exercício de sua profissão. De bom alvitre lembrar que ao se falar nessa modalidade de responsabilidade civil está-se falando não somente do profissional liberal, mas também dos estabelecimentos de saúde em geral.
>
> Tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas estão sob o manto da legislação da responsabilidade civil, sendo necessário apenas que identifiquemos as peculiaridades de cada uma, o que acontecerá mais adiante.[303]

A palavra hospital tem origem no verbete latino *hospitale,* o qual se vinculava a noção de hospedagem, hospedaria, ou seja, um local onde as pessoas se alojavam de forma temporária mediante retribuição pecuniária para tal serviço. Ao longo do tempo esta expressão foi se tornando específica para definir o lugar onde os doentes seriam internados para o recebimento de tratamento relativo a questões de saúde.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[303] COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica Hospitalar.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p.11.

É necessário compreender que a atividade de saúde é essencialmente de meio, mas isto não exonera alguns cuidados que devem ser obrigatoriamente observados pelas instituições hospitalares, vejamos:

> A hospedagem hospitalar adequada está intimamente associada ao dever de boa prestação de serviços ao usuário internado para tratar a enfermidade. Compreende: o alojamento, a alimentação, o respeito à dignidade da pessoa, a preservação da incolumidade e, no geral, todos os cuidados necessários ao bem estar durante o tempo da internação. No conceito de hospital estão todos os estabelecimentos prestadores de serviços médicos, ou seja: hospitais propriamente ditos, pronto-socorros, atendimentos de urgência, clínicas, etc. [304]

O hospital possui, pois, um dever próprio de guarda de zelo, logo mesmo diante dos casos onde o médico apenas utiliza-se da logística e dos apetrechos físicos da instituição hospitalar esta se responsabiliza objetivamente pelos danos experimentados pelo paciente, sendo esta a visão doutrinária transcrita *in verbis*:

> Entretanto, dúvida pode haver quando àqueles profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo.
>
> Ainda assim, entendemos existir um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico[305].

Em julgado que tratava da questão de infecção hospitalar o Superior Tribunal de Justiça deixa clara a possibilidade de desvinculação da relação subjetivista para com o médico e da relação objetivista decorrente da internação:

> Responsabilidade civil. Consumidor. Infecção hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano moral. Quantum indenizatório. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal a quo não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Recurso especial não conhecido[306].

Diante do exposto, os hospitais respondem por quaisquer danos causados ao paciente, de objetiva, em razão do seu dever de guarda e da ligação jurídica de natureza contratual, da instituição com o médico. Conclui-se que o hospital ou clínica onde meramente tenham sido realizados os atos que levaram à violação da intimidade genética, ou seja, naqueles casos em que o médico não é empregado da pessoa jurídica, mas simplesmente utiliza-se do espaço físico responde objetivamente pelos danos causados.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.printdriver.com

---

[304] POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas conseqüências jurídicas.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p.65.

[305] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.221.

[306] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 629.212/RJ** – 2004/0019175-9. 4ª Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. DJU 17.9.2007. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em 10 mar. 2011, às 3:45.

Restaria apenas a responsabilização subjetiva quando a violação ocorresse por atuação de profissional liberal, um médico, por exemplo, pois por força do art. 14,§ 4º do CDC a responsabilidade civil de tais profissionais é subjetiva.

O antigo Código de Ética Médica prescrevia que: "É vedado ao médico: Art. 29. Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência".

O Novo Código de Ética do Médico seguiu a mesma linha da subjetividade e em seu Capítulo III, denominado de RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL, assevera que: "É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência". E o parágrafo único também exorta que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Vale ressaltar que se trata de regra de exceção e que se limita à pessoa do profissional liberal, logo o hospital ou a clinica onde este realiza o exame não consentido, ou se consentido o exame ocorre o uso indevido da informação, responderá objetivamente por força do art. 932, inciso III do CC/02, como já defendido, ainda que se trate de hospital filantrópico, como alerta Pablo Stoze e Pamplona[307].

Inobstante também existir uma desigualdade, decorrente de uma vulnerabilidade técnica do paciente nas relações com o médico, encontra aqui, o contratante, maior autonomia e um relativo equilíbrio contratual, que não se encontra nas relações de consumo de adesão e de emprego, embora este poder de decisão do paciente em relação ao médico também denote uma vulnerabilidade do primeiro e caiba significativa discussão, que não é objeto desta pesquisa.

5.4 - Dano moral *in res ipsa* pela violação à intimidade genética

Consoante pensamento defendido nesta dissertação anteriormente, a responsabilidade civil se assenta no tripé: conduta humana voluntária, nexo de causalidade e dano, sendo a culpa elemento acidental.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.pdf-driver.com

[307] Para os doutrinadores a responsabilidade do hospital é objetiva, por força do art. 932, III do CC/02, inclusive aplicando-se tal regra aos hospitais filantrópicos, pois a atividade com intuito assistência não afasta o dever de zelo e seleção destas instituições, conforme precedente do STJ, Resp 467.878-RJ. Rel. Min. Ruy Rosado, Julgado em 05-12-2002. In: GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.221.

No caso de violação à intimidade genética atinge-se direito da personalidade, criando, além de possível dano material, o denominado dano moral, sobre o qual em muito já se debateu a doutrina a respeito de sua existência e forma de reparação.

O dano é, pois, elemento essencial para que exista dever de indenizar, ainda que nas obrigações contratuais[308] o dano deverá existir, pois como bem salienta Maria Helena Diniz, o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, não havendo que se falar em indenização sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta de tal lesão[309].

Em que pese as lições de Maria Helena Diniz, vale atentar que a afirmação de imprescindibilidade da prova real e concreta do dano deve ser observada com cautela, pois casos há de certeza de que um direito foi violado, malgrado a prova do dano se torne impossível e a lesão não poderá deixar de ser reparada ante a sua obviedade.

Adotamos, pois, a noção desenvolvida doutrina que aponta que os requisitos do dano são: violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; certeza e subsistência[310].

A certeza do dano vincula-se à noção de efetividade, ou seja, não pode ser abstrato ou hipotético, admitindo-se, entretanto, o extremamente provável[311].

Esta certeza foi questionada durante muito tempo com relação às hipóteses de dano moral, uma vez o direito civil brasileiro sempre esteve extremamente apegado a noção patrimonialista da reparação, de modo que se fazia impensável a reparação de alguns direitos por via econômica.

Muitos defenderam por longo período a impossibilidade de tal indenização, especialmente, porque a primeira codificação civilista, de 1916, em seu art. 159 não se referia a lesões de natureza extrapatrimonial.

Inobstante as teses contrárias ao dano moral, em julgado histórico o STF em 1913 já reconhecia a possibilidade e condenou uma estrada de ferro a pagar aos

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.pdf-drive.com

---

[308] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.35.

[309] DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**, op.cit, p.61.

[310] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.38.

[311] O dano provável decorre da teoria da perda de uma chance, a qual vem sendo aceita pelo STJ e se sustenta na noção de probabilidade suficiente, que faz admitir que o responsável indenize a frustração pela perda de uma oportunidade, como foi decido no caso emblemático do "show do milhão" no Recurso Especial Nº 788.459 - BA (2005/0172410-9) de Relatoria do Min. Fernando Gonçalves.

herdeiros de uma pessoa vitimada por desastre ocorrido nas suas linhas, além dos danos materiais, os danos morais experimentados pelos herdeiros, citando assim:

> Na verdade, depois de avaliado o damno econômico soffrido pela aggravante, ainda cumpria arbitrar a quantia necessaria para indemnização do damno moral, no sentido próprio da expressão, isto é, na accepção de sofrimentos physicos e Moraes, que não extinguem, nem sequer diminuem o patrimônio. (A. MINOZZI, Studio sul Damno no Patrimoniale, Damno Morale, cap. 1.º)
>
> A necessidade jurídica de resarcir essa espécie de offensas feitas á pessoa singular é geralmente admitida no atual estado do direito.
>
> [...]
>
> A jursiprudencia dos mais abalizados tribunais contemporâneos tem consagrado o direito á indenização por damnos puramente moraes. Por sentença de 30 de dezembro de 1893 a Corte de Appelação de Milão que são damnos moraes as dores injustamente causadas e os soffrimentos de animo, resultantes de offensa physicas[312].

Após 1913, em muito se evolui no conceito e dano moral e de sua reparabilidade. Carlos Roberto Gonçalves, atualmente, salienta que uma mera dor, angústia ou aflição não podem ser consideradas como danos morais, pois estes estados de espírito seriam mera conseqüência do referido dano. O direito visa proteger um bem jurídico, sobre o qual a vitima tenha interesse juridicamente tutelável, como, por exemplo, os direitos da personalidade. O autor esclarece que o efetivamente diferenciaria os danos patrimoniais dos danos morais seria o fato de que este último não afetaria o patrimônio do ofendido, e com os danos patrimoniais ocorreria justamente o oposto, haveria ofensa ao patrimônio do ofendido.[313]

Com esse novo pensamento a certeza o dano desloca-se da verificação da dor, do sofrimento, da humilhação, para a verificação da ocorrência de lesão a bem não patrimonial.

A doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que a violação dos direitos de personalidade acarretaria conseqüências negativas na órbita personalíssima, ou seja, os danos de natureza extrapatrimonial. As sanções previstas em caso de violação seriam a fixação de indenizações por danos extrapatrimoniais e adoção de providências de caráter inibitório, com o objetivo de que se respeitem os direitos de personalidade[314].

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[312] BARRETO, Plínio. **Supremo Tribunal Federal**. In Revista dos Tribunais. Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de S. Paulo. Ano III, Volume XI, Nº 1. 2 de setembro de 1914.

[313] GONÇALVES, op.cit, p. 609-610.

[314] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 148-149.

Este caráter inibitório é o que se denomina comumente de caráter educativo do dano moral, tanto para o infrator como para sociedade em geral, com fins de evitar a perpetração dos danos, incentivando ao infrator e aos demais diminuírem ou eliminarem os riscos que deram origem ao dano ou esquivar da conduta ilícita. Essa função pedagógica da indenização por dano moral se alia a compensação em pecúnia que gozará a vítima, como elementos da reparabilidade do dano moral.

Neste sentido, nossos tribunais já adotam, inclusive, a teoria do dano moral *in re ipsa*.

Há casos, pois, que sequer será necessário provar a lesão ao direito da personalidade, pois esta será presumida. Ocorrendo determinados fatos jurídicos, presume-se ofendido o direito da personalidade, restando ao ofendido apenas a prova da ocorrência do fato em si.

> AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS – Permanência de registro indevido no SPC, após pagamento da dívida. Fato não negado pelo demandado. Prova in re ipsa do dano moral. Verba indenizatória fixada dentro dos parâmetros da Câmara e das circunstâncias da causa. Apelo desprovido[315].

O Superior Tribunal de Justiça também coaduna com o pensamento manifestado no tribunal gaucho:

> EMENTA: Consumidor. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Dano moral reconhecido. Permanência da inscrição indevida por curto período. Circunstância que deve ser levada em consideração na fixação do valor da compensação, mas que não possui o condão de afastá-la. - **A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral *in re ipsa* , sendo despicienda, pois, a prova de sua ocorrência.** Dessa forma, ainda que a ilegalidade tenha permanecido por um prazo exíguo, por menor que seja tal lapso temporal esta circunstância não será capaz de afastar o direito do consumidor a uma justa compensação pelos danos morais sofridos. - O curto lapso de permanência da inscrição indevida em cadastro restritivo, apesar de não afastar o reconhecimento dos danos morais suportados, deve ser levado em consideração na fixação do valor da reparação. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido de compensação por danos morais formulado pela recorrente[316]. (Grifos nossos)

Provado o fato, não há necessidade de prova do dano moral[317].

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[315] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – **Apelação Cível nº. 70003427804**. 6ª Câmara Cível.Relator:Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – DJ. 20.02.2002. Disponível em http://www.tjrs.jus.br. Acesso em 09 mar. 2011, às 13:00.

[316] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 994253/RS** – Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 15/05/2008. Disponível em http://www.stj.gov.br. Acesso em 05 fev. 2011, às 15:00.

[317] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 261.028-RJ**. Relator Ministro Menezes Direito. DJU 20.8.01, p. 459). Disponível em http://www.stj.jus.br. Acesso em 05 fev. 2011, às 15:13.

A questão do dano moral *in re ipsa* encontra-se inclusive sumulada pelo STJ para alguns casos, destaquemos:

> STJ Súmula nº 388 - 26/08/2009 - DJe 01/09/2009
>
> Devolução Indevida de Cheque - Dano Moral. A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.
>
> STJ Súmula nº 403 - 28/10/2009 - DJe 24/11/2009
>
> Prova do Prejuízo - Indenização pela Publicação de Imagem de Pessoa - Fins Econômicos ou Comerciais. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

O STJ pacificou ainda, que não é preciso provar o dano em casos de: morte de filho; morte de cônjuge não separado de fato ou de pai; morte de parente próximo; diagnóstico inexato; atraso em embarque de viajem; *overbooking*; publicação indevida de fotografia da pessoa; uso indevido da imagem da pessoa; bloqueio de linha de celular decorrente de cobrança indevida de fatura já paga; restituição indevida de cheque por falta de fundos; devolução de cheque pré-datado; protesto de duplicata sem causa; protesto de títulos já quitado; inscrição de nome em cadastro de devedores, por ser indevida e falta de cancelamento imediato de cadastro negativo do devedor[318].

É preciso compreender e recordar que a intimidade genética é um direito da personalidade e, portanto protegido pelo ordenamento pátrio e passível de responsabilização civil quem violá-lo. Senão vejamos o que diz o CC/02:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Vale sustentar que é indiferente o motivo que dá origem à lesão, para se perquirir sua reparação, o importante saber se o resultado da ofensa acarreta prejuízo material ou de natureza extrapatrimonial.

A invasão indiscriminada e não autorizada da intimidade genética constitui dano moral, definido na obra de Yussef Said Cahali[319], aplicáveis ao estudo em tela:

> O avanço tecnológico dos tempos vertentes veio agravar o problema, de tal maneira que já não é possível resguardar-se da curiosidade pública da nossa própria imagem, molestando-a.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[318] NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Sariava, 2008.

[319] CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.623.

> O direito a intimidade é a faculdade reconhecida às pessoas de opor-se a interferências capazes de causar esse mal-estar. É ele que vai permitir ao homem moderno desenvolver plenamente a personalidade com o mínimo de ingerências em sua vida privada, trata-se, portanto, de um direito essencial à própria dignidade humana, reconhecida a sua importância no campo do direito privado, não somente do ponto de vista individual, mas, também, social e político.

Obviamente, o não consentimento daquele que possuir seus dados genéticos devassados indevidamente constituirá grave violação e dano a outrem reparável por indenização material e moral como prevê a Constituição e o Código Civil brasileiro, em especial quando se tratar de hipóteses discriminatórias, como as abordadas nesta pesquisa, relações de emprego e contratos de seguro de saúde.

O TST também adotou a tese do dano *in res ipsa*, para proteção de direitos imateriais ofendidos:

> ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE LISTA NEGRA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA SUA OCORRÊNCIA. I - O dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de consistir em ofensa a valores humanos, os quais se identificam por sua imaterialidade, sendo imprescindível apenas a demonstração do ato ilícito do qual ele tenha sido resultado. II - É certo que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em virtude de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III, da Constituição. III - Comprovado que o nome do recorrente constara de "lista negra" elaborada pela recorrida, em que pese não ter havido sua divulgação, em razão da qual ele tivesse sido preterido em nova colocação, pois essa hipótese só teria relevância para a caracterização de dano material, por sinal, não pleiteado, acha-se caracterizado o ilícito patronal e por conseqüência materializado o dano moral, consubstanciado na ofensa à sua intimidade profissional. IV - Vale registrar, de resto, não ter sido reiterada nas contra-razões do recurso de revista a impugnação veiculada, no recurso ordinário, ao valor arbitrado pelo Juízo de primeiro grau, de sorte que não há lugar para pronunciamento do TST. Recurso provido.[320]

Portanto, a violação a intimidade genética a luz do que ocorre no caso de lista negra ou de publicação de imagem não autorizada, também não se prende a necessidade da comprovação da dor, do sofrimento, da humilhação, ou seja, é dano *in re ipsa*, onde a certeza da agressão a direito da vítima dispensa tal tipo de comprovação, pois como lesão à intimidade da pessoa por vezes mostrar-se-á de difícil constatação, pois atinge parte de esfera psíquica do indivíduo.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

[320] BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 32800-89.2004.5.09.0091,** 4ª Turma, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen. Data de Publicação: DJ 15/02/2008. Disponível em http://www.tst.gov.br. Acesso em 08 mar. 2011, às 16:21.

Isto posto, violada a intimidade genética,seja pela exigência indevida de teste genético, acesso indevido a tais dados ou divulgação de forma não autorizada, para qualquer fim, ainda que não econômicos, será prescindível a prova do dano, por sua certeza encontrar-se interligada ao próprio fato da exigência ou ao fato da violação.

5.5 – Dano moral *in ricochet* pela violação à intimidade genética.

A lesão a direito da personalidade de uma pessoa poderá gerar efeitos iguais em outra? Existe uma identidade genética entre os ascendentes e descentes? A violação à intimidade genética de um atinge a intimidade do outro?

Partindo do conceito de dano como lesão a bem jurídico protegido, podemos visualizar que um dano, certo, possivelmente, não atinja exclusivamente uma pessoa, e sim um número indeterminado de pessoas.

Essa possibilidade do dano, provocado inicialmente em alguém determinado, atingir terceiros foi inicialmente desenvolvida pela doutrina francesa, rendendo-lhe assim a denominação de *ricochet* e entre nós foi acatada e denomina de dano reflexo ou em ricochete.

Segundo Geneviève e Jourdain, é comum que o dano sofrido pela vítima imediata seja a própria fonte de perda para outras pessoas, com quem a vítima inicial mantinha uma relação de interesse ou afeição, quando o evento, por exemplo, provoca uma ruptura repentina nesta relação. Apontam os autores que a esta espécie de dano, reconhcecido na França e em algumas legislações estrangeiras se chamou de indireto ou reflexo[321].

A questão instigante do dano moral reflexo é identificar e delimitar quem são os legitimados a argüir-se como vítima dele. Geneviève aponta que este foi o problema mais discutido na França, em relação à reparação do dano em ricochete, especialemnte nos casos de morte da vítima imediata. A grande dúvida era definir quem seriam os beneficiários da indenização decorrente desta espécie de dano.[322].

A jurisprudência francesa evoluiu minuciosamnte para reconhecer o dano moral reflexo em favor daqueles que tivessem um "direito lesado", passando por "um

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

[321] JOURDAIN, Patrice e VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: Les Conditions de la Responsabilité.** 2ª èd. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1998, p128.

[322] Ibidem, p129.

interesse juridicamente protegido" e a partir de 1930 começou a acenar para a existência de uma "relação jurídica" entre a vítima imediata e a reflexa[323].

Todavia, segundo a doutrina francesa já alertava que essa noção de "relação jurídica" era extremamente sensível e a jurisprudência poderia desenvolver em breve uma solução comum, tanto para os para os danos materiais como para os morais[324].

Em uma decisão de 1931 a Câmara de Consultas conclui que o artigo 1.382 do Código Civil francês se aplicava tanto ao dano material quanto ao dano moral e que também era necessário que a ação de indenização por dano moral em ricochete fosse fundada no afeto nascido de parentesco ou de aliança entre as vítima imediata e a vítima reflexa que solicita a reparação[325].

Geneviève e Jourdain alertam que a Corte de Cassação, expressamente, em 27 de fevereiro de 1970, afirmou a inutilidade da definição de "ralação jurídica" entre a vítima mediata e a vítima imediata, considerando que o artigo 1.382 do Código Civil francês protege a vítima de qualquer evento causador de prejuízo, obrigando o causador a repará-lo, não sendo necessária, em caso de morte, a existência de uma relação jurídica entre o falecido e o requerente por danos[326].

Para Geneviève e Jourdain esta decisão histórica, consumiu as tentativas de relacionar obrigatoriamente a vítima direita e a indireta, encontrando um ponto comum para o dano material e para o dano moral. Segundo os doutrinadores a decisão da Corte de Cassação contribuiu para afirmar a autonomia do dano reflexo em relação ao dano inicial e trouxe novamente a baila o problema da determinação dos titulares do direito à indenização por esses danos.

A doutrina pátria comumente trabalha o dano reflexo ou em ricochete como parte do estudo de dano moral, o que leva defini-lo como dependente de uma relação afetiva entre a vítima mediata e a vítima imediata.

Neste sentido, Mauro Schiavi trabalha o dano reflexo como espécie de dano moral e o coloca como dano que reflete em uma pessoa que tenha convivência muito próxima ou laços afetivos com a vítima do dano[327]. Sergio Cavalieri Filho

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

---

[323] Ibid., loc. cit.

[324] Ibidem, p.130

[325] Ibidem, p.131

[326] Ibidi., loc. cit.

[327] SCHIAVI, op.cit, p. 68.

também trata o dano reflexo como sub-espécie de dano moral e identifica a pessoa que sofre o dano reflexo como aquela intercalar, titular de uma relação jurídica que é afetada pelo dano originário[328].

Maria Helena Diniz, embora não adote posicionamento expresso cita Zannoni para também prever a necessidade de vinculação entre o lesado direito e indireto[329], ressaltando que a doutrinadora também cita Mosset Iurraspe para definir dano reflexo e, neste caso, não se fala em vinculação, mas em bem jurídico mediatamente danificado em decorrência de uma lesão imediata a outro bem jurídico de terceiro.

Acertadamente, Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar de espécies de danos, os classifica em material e moral e em classificação apartada coloca o dano como direto ou indireto (reflexo) de forma que se pode visualizar que o dano reflexo pode ser tanto moral quanto material[330], com bem denota a doutrina francesa, que dá origem ao instituto que reconhece as duas espécies: *Le dommage patrimonial <<par ricochet>>* e *Le dommage moral <<par ricochet>>*[331].

Cumpre, entretanto, de imediato destacar que o dano moral reflexo ou em ricochete não se confunde com o dano moral indireto, como bem sustenta a doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ao salientar que no reflexo um dano moral sofrido por um sujeito, em função de um dano (material ou moral, pouco importa) de que foi vítima *outro* indivíduo, ao tempo que no indireto uma violação a um direito da personalidade de um sujeito, em função de um dano material por ele mesmo sofrido[332]

Pode-se então identificar o dano reflexo quando uma lesão direta a um bem jurídico de uma pessoa prolonga-se de modo tal que recocheteia (reflete) em um bem jurídico de uma terceira pessoa, a qual também sofre ofensa a direito próprio, em decorrência do mesmo fato que gerou a lesão ao ofendido primário.

Seguindo a linha de pensamento do tribunal francês, conclui-se que o importante é a certeza do dano primário e do reflexo, podendo ele ser moral ou material e podendo haver ou não relação jurídica entre as partes. Inclusive este é o

---

[328] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.88.

[329] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**, op.cit, p. 85.

[330] GONÇALVES, op.cit, p.338-339.

[331] JOURDAIN; VINEY, op.cit, p.130-131.

[332] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO,**Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, op.cit, p.67.

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

pensamento de Jourdain e Geneviève que alertam que na determinação do escopo do dano reflexo, a ligação entre o dano originário e o secundário é mais importante que a relação entre as partes a quem assite o direito à reparação dos danos[333].

Esta busca a certeza do dano prevalecerá ainda nos casos envolvendo direito à intimidade genética, onde o dano reflexo poderá ocorrer tanto no âmbito moral, quanto material, atingindo pessoas geneticamente descendentes ou ascendentes da pessoa que teve a intimidade originalmente violada ou terceiro que não possua qualquer relação genética, mas seja afetado em direito próprio em razão da violação à intimidade genética de outrem.

A violação à intimidade genética implica em uma espécie de dano moral *in re ipsa,* ao tempo que o dano material necessita, ao contrário, de prova. O dano material não se atém apenas a certeza de sua existência, mas demanda ser mensurado, seja no *quantum* diminuição do patrimônio (danos emergentes), seja no *quantum* razoavelmente se deixou de lucrar (lucro cessante), seja pela perda da chance.

Com relação a terceiros, não parentes da vítima da violação da intimidade genética se visualiza facilmente a necessidade de comprovação do dano reflexo, tanto no âmbito material quanto no moral. Também parece induvidoso que mesmo um familiar sanguíneo, para alegar dano material reflexo deverá comprovar a ocorrência do dano, bem como delinear sua extensão.

A questão a investigar é quando alguém sendo ascendente ou descendente pretende alegar dano moral, em sendo *in re ipsa* o dano originário, também será assim no reflexo? Ora, se existe uma identidade genética entre os pares o acesso a informação de um implica necessariamente conhecimento sobre os dados genéticos dos demais.

É sabido, entretanto que cada pessoa possui um genoma completamente próprio o que eliminaria a hipótese anterior, mas não podemos olvidar que nos casos de doença genética, há uma transmissibilidade de pai para filho, cujo modo cumpre investigar.

A engenharia genética permitiu a manipulação do material genético[334] (DNA e RNA) dos organismos vivos. Os avanços tecnológicos foram significativos no

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

[333] JOURDAIN; VINEY, op.cit, p.143-44.

[334] HAMMERSCHMIDT, op.cit, p.24

campo da genética,[335] especialmente no sentido de obter a codificação do genoma humano, algo impensado até algumas décadas atrás, constitui-se em um verdadeiro e novo marco de referência para o estudo dos direitos da personalidade[336]

A biotecnologia através do emprego de técnicas de engenharia genética maneja genes isolados, perfeitamente identificados, nos quais é possível ocorrer mutações em pontos concretos ou zonas especificas dos cromossomos para realizar mudanças no genoma.[337].

O genoma humano é entendido como a seqüência dos 23 pares de cromossomos do núcleo de cada célula humana diplóide. Dos 23 pares, 22 são cromossomos autossômicos e um par é determinante do sexo (o cromossomo X nas mulheres e o cromossomo Y nos homens)[338].

O Projeto Genoma Humano produziu uma seqüência de referencia do genoma humano eucromático, usado em todo o mundo e nas ciências biomédicas. O genoma humano possui cerca de 25.000 genes, que controlam toda maquinaria celular como a embriogênese, desenvolvimento, crescimento, reprodução e metabolismo.

É o genoma que determina as características individuais de cada ser humano, sejam visíveis a olho como cor dos olhos, ou que exijam testes especiais como o tipo sanguíneo, constituindo o fenótipo. Estas características exteriores são determinadas pela carga genética que um individuo possui, denominada genótipo, sendo o gene a unidade de informação hereditária de um indivíduo e que o ADN é a substância que o constitui[339].

Neste sentido se manifesta Andorno:

> Cada célula del cuerpo humano contiene toda la información hereditaria de un individuo, recibida de su padres. Más precisamente, esta información reside en ciertas unidades denominadas «genes». El conjunto de los genes de un individuo, que lo distingue de cualquier otro sobre la tierra.[340]

Hammerschmidt esclarece que o Projeto Genoma tinha como principal objetivo criar uma série de diagramas descritivos, os denominados mapas, de cada

---

[335] PETTERLE, op.cit, p. 19

[336] HAMMERSCHMIDT, op.cit., p.19.

[337] HAMMERSCHMIDT, op.cit. p.31.

[338] BARBUJANI, op.cit, p.46.

[339] NETO, op.cit, p.12.

[340] Cada célula do corpo humano contém toda a informação hereditária de um indivíduo, que este recebeu de seus pais. Mais precisamente, esta informação reside em algumas unidades, chamadas de genes. Os genes de um indivíduo é que o distingue de qualquer outro na terra.Tradução Livre. In: ANDORNO, op.cit, p.132.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.pdf-drive.com

cromossomo humano com uma resolução cada vez mais apurada, com fins de determinar a seqüência de DNA de cada um dos fragmentos ordenados para encontrar todos os genes na seqüência de DNA entre eles aqueles que não são responsáveis pelas características hereditárias[341].

A problemática surge porque essas características hereditárias não são automaticamente transmissíveis quando se trata de doenças genéticas. Segundo as leis de Mendel[342] a herança genética é fruto da transmissão de unidades distintas, genes, cada um dos quais é responsável por uma função biológica especifica determinando nosso tipo sanguíneo, por exemplo, sendo que a depender do alelo que recebemos teremos coagulação normal do sangue ou seremos hemofílico[343].

Os genes estão presentes em cada um de nós, em cada uma de nossas células, em duas cópias: uma de origem paterna e outra de origem materna[344]. E segundo as leis de Mendel os dois elementos de um par de genes alelos[345] separam-se nos gametas, de tal modo que, há probabilidade de metade dos gametas transportarem um dos alelos e a outra metade transportar o outro alelo e durante a formação dos gametas. A segregação dos alelos de um gene é independente da segregação dos alelos de outro gene, o que promove a diversidade.

Os genes são elementos nucleares constituídos por DNA, responsáveis pela determinação e transmissão dos caracteres hereditários e que genes alelos determinam um caráter hereditário formando par e se situam em locais correspondentes nos cromossomos homólogos, alguns cromossomos são particularmente importantes como o X e o Y que determinam o sexo.

Como dito, as mulheres possuem dois cromossomos XX e transmite um deles e os homens possuem dois cromossomos XY e também transmite um deles,

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.pdf-drive.com

---

[341] HAMMERSCHMIDT, op. cit. p. 37-38.

[342] Padre católico e professor, a partir das suas experiências com ervilheiras de cheiro foi capaz de reconhecer os princípios fundamentais da hereditariedade que hoje a comunidade científica aplica a quase todos os organismos que se reproduzem sexuadamente.

[343] BARBUJANI, op. cit, p.42.

[344] Ibidem, p.46.

[345]Mendel definiu que cada organismo possui 2 (dois) fatores que determinam uma característica, o que chama-se princípio da segregação factorial, o qual ocorre na formação dos gâmetas. Os factores separam-se de tal modo que cada gameta contém um só fator de cada par. Atualmente os fatores de Mendel correspondem aos genes que podem apresentar formas alternativas denominados de Alelos.

no caso de homem transmitir o cromossomo Y o sexo do bebê será masculino e se transmitir Y será feminino[346].

Assim também, são transmitidos outros pares e para transmissão de anomalias. Então quando de alelo é autossômico dominante ele pode afetar homens e mulheres e o "defeito" genético aparecerá, possivelmente em todas as gerações. Quando um indivíduo manifesta a anomalia genética, significa dizer que necessariamente apenas um dos seus ascendentes a possui. Quando um dos ascendentes possui uma deficiência genética a maior probabilidade é de que apenas metade da sua descendência possa ser afetada.

Conclui-se, pois que cada pessoa possui uma singularidade genética, podendo herdar ou não, de seus pais genes defeituosos. Então se alguém possui uma doença de ordem genética não necessariamente seu filho o terá e esta pode ter decorrido da via paterna ou materna. Como o direito à intimidade em sua essência originária é individual, somente poderíamos atribuir o dano moral reflexo automático nestes casos se os descendentes herdassem igual conteúdo genético do ascendente cuja intimidade fora violada, o que como visto não ocorre.

Portanto, no caso de intimidade genética somente seria possível vislumbrar sua violação, quanto ao terceiro, por via reflexa se este também possuísse o gene defeituoso, do qual lhe gerou alguma discriminação. Todavia tal certeza somente poderia advir de um teste genético deste terceiro, que se não autorizado já implicaria em uma violação direta e não reflexa.

Desta forma apenas quando um terceiro seja efetivamente lesionado em um bem jurídico seu, em especial por ser vítima de discriminação, em decorrência de uma condição genética de um de alguém, ainda que não seja seu familiar, é que será possível a aplicação da teoria do dano em ricochete decorrente de violação à intimidade genética.

O Superior Tribunal de Justiça no Brasil, de acordo com o esposado, se posiciona no sentido de reconhecer a responsabilidade civil do infrator em caso de dano moral em ricochete, colocando como critério basilar a demonstração do prejuízo à vítima indireta. Esse posicionamento encontra-se fundado na análise de interessantes julgados daquela corte (Resp. 254418/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., D.J. de 11.06.2001) e do TJ/RS:

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

---

[346] BARBUJANI, op.cit, p.46.

> I - Justifica-se a indenização por dano moral quando há a presunção, em face da estreita vinculação existente entre a postulante e a vítima, de que o desaparecimento do ente querido tenha causado reflexos na assistência doméstica e significativos efeitos psicológicos e emocionais em detrimento da autora, ao ser privada para sempre da companhia do de cujus. II – Tal suposição não acontece em relação ao cônjuge que era separado de fato do de cujus, habitava em endereço distinto, levando a acreditar que tanto um como outro buscavam a reconstituição de suas vidas individualmente, desfeitos os laços afetivos que antes os uniram, aliás, por breve espaço de tempo[347].

A jurisprudência ao presumir o dano por morte de parentes, por exemplo, reconhece como desnecessário a prova do dano em casos de familiares próximos (pai, mãe, filho, esposa e marido). Entretanto, em âmbito familiar mais amplo como os tios, sobrinhos e primos e até mesmo no caso de irmãos, tem se considerado que é impossível presumir a ocorrência do dano moral tão somente pela morte do parente.

As turmas do STJ ainda não enfrentaram a hipótese de dano reflexo no caso de violação de informação genética, o qual na espécie moral será dano *in res ipsa* fazendo presumir o prejuízo à vítima, de modo que a responsabilização civil decorrerá da própria quebra da intimidade genética. Entretanto, para o terceiro caberá sempre a comprovação de que sofrera algum ato discriminatório, ou qualquer outra lesão a direito da personalidade ou da propriedade em decorrência desta violação, pois não necessariamente possuirão informação genética exatamente igual ao do violado.

A problemática, pois, se instala na dificuldade de caracterização do dano reflexo ou em ricochete, quanto à certeza da ocorrência do dano. A certeza, constituindo um dos requisitos mínimos do dano, uma vez ausente eliminaria o próprio dano, o qual por ser um dos elementos essenciais que sustenta a responsabilização civil a descaracterizaria.

Portanto, até mesmo quando existe uma profunda relação entre as pessoas, no caso de ordem genética, aplica-se a regra geral ora defendida, segundo a qual no dano reflexo o que é importante ser verificado é a existência do dano e não a relação entre as pessoas. No caso de violação à intimidade genética, dano em ricochete, ainda que moral, ante a incerteza de que a lesão tenha também atingido este terceiro, em regra buscar-se-á a investigação quanto aos efeitos aparentes da lesão.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.printdriver.com

---

[347] BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598060713.** Relator Desembargador Antônio Janyr Dall'agnol Júnior, Data do Julgamento: 23.09.98. Disponível em http://www.tjrs.jus.br. Acesso em 09 mar. 2011, às 13:48.

Instar-se-á que o terceiro comprove a situação discriminatória, vexatória, humilhante ou qualquer outra que indique violação à dignidade da pessoa humana, ou à lesão de seus bens materiais, para se reconhecer o dano, a ser reparado por via da responsabilização objetiva nas hipóteses de relação de consumo ou emprego, em razão da vulnerabilidade.

CONCLUSÕES

O nascimento do positivismo está intrinsecamente ligado ao final da era medieval e ao nascimento do estado moderno e a todas as relações econômicas, políticas e sociais que o período sofreu.

O positivismo jurídico sustentou a liberalismo econômico e atendeu aos anseios burgueses, não evoluindo para efetivação de direitos de ordem social, impedindo a realização de uma vida digna, em especial nos países periféricos, onde tais direitos não passam de letras mortas nas cartas constitucionais, atuando como um agente de pacificação e acomodação social, na espera de sua efetivação em um futuro próximo.

Com o esfacelamento do positivismo abre-se um novo paradigma, o do pós-positivismo.

O pensamento pós-positivista é permeável aos valores e aos fatos, de modo a trazer os princípios à condição de significativa relevância, permitindo assim a proteção de direitos, como o direito à intimidade genética, objetos específico deste trabalho monográfico, ainda que não expressamente manifestos nos textos legais de um determinado Estado, mas por meio dos princípios que o regem.

Podemos afirmar que o paradigma pós-positivista calca-se em um direito dinâmico, apegado a dignidade da pessoa humana. A nova concepção de direito, pós-positivista, é uma concepção flexível aos valores, retratados nos princípios e nos *topois* (lugares comuns) que se opera em um sistema comunicativo, que se utiliza do processo argumentativo com, base na dialética e na retórica para busca de um processo de convencimento que gera a legitimidade do sistema.

Os avanços tecnológicos foram significativos no campo da genética, especialmente no sentido de obter a codificação do genoma humano e colocam em

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

riscos diversos direitos fundamentais. Nasceu então, a bioética, especificamente, em um contexto de expansão do liberalismo norte-americano, para defesa de pacientes e seres humanos em geral que constituíam objeto de pesquisas científicas, onde não se respeitava à dignidade da pessoa humana ao ponto de incutir o vírus da hepatite em pessoas com deficiência mental e inserção de células cancerígenas em idosos.

Biotecnologia e bioética não são palavras sinônimas, pois a segunda constitui uma espécie de ética para a ciência, que não visa cercear a produção de conhecimento, mas garantir que sua manipulação e aplicação não violem a dignidade da pessoa humana.

A Bioética é um conjunto de reflexão e ação baseada no pensamento crítico a um modelo desumano de ciência e possui assim um papel fulcral para limitar os experimentos científicos que envolvem seres humanos preservando sua dignidade.

A Bioética assentou-se no principialismo e enveredou-se na visão micro fundada essencialmente nas questões de direitos individuais, como a eutanásia, o aborto, as experiências em pacientes, a reprodução assistida, transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová, entre outros, por ser o foco principal nos Estados Unidos e nos demais países desenvolvidos, onde esta iniciou sua fundamentação, alastrou-se ao ponto de confundir-se como a Bioética, como um todo.

A universalidade do principialismo mostrou-se insuficiente para atender a diferentes realidades sociais globais, abrindo espaço à teorias críticas.

A questão da autonomia, por exemplo, sofre uma nova leitura onde se mistura com a busca pela igualdade social. Esta nova visão apontará como a autonomia é por vezes mecanicamente referenciada na teoria principialista, enquanto nesta perspectiva crítica é preciso compreender e demarcar as situações onde em que autonomia encontra-se mascarada pela coerção da vontade, explicitando um dos aspectos fundamentais da perspectiva política do conceito de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade pode se manifestar de diversas formas:

- a primeira como condição inerente ao homem, o animal que ao nascer necessita indubitavelmente de seus pares por um longo período para adquirir possibilidades de sobrevivência no plano biológico e social, seria uma vulnerabilidade ontológica;

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

- a segunda como característica decorrente do estado da pessoa ou da sua condição social, esta característica, relativa aos grupos sociais, se alarga em razão dos riscos em geral, agravados com o avanço tecnológico, com o modelo social adotado no mundo moderno e com falta de informação ou poder de decisão, que limita um individuo em determinadas situações;

- a terceira, como um verdadeiro princípio ético, que possibilitará a fundamentação de decisões em conflitos ético-jurídicos.

A vulnerabilidade justifica a aplicação da responsabilidade objetiva no controle de violação à intimidade genética.

O direito à intimidade como um direito fundamental, subjetivo e autônomo, que realiza a defesa do seu titular contra as ingerências indevidas do Estado ou dos particulares em aspectos mais profundos da sua vida, os quais somente a este dizem respeito, ou aqueles a quem este deseje confidenciar, é uma espécie de direito ao segredo, ou de estar só.

Os direitos da personalidade possuem uma tipicidade aberta impossibilitando uma leitura extremamente positivista, de somente reconhecer aqueles que forem listados pelo legislador e novos direitos como o direito à intimidade genética surgem, neste caso decorrente de uma interpretação ampliativa do art.5ª, X da Constituição Federal do Brasil de 1988, como uma terceira face deste direito.

Parte da doutrina visualiza, ainda, o direito à intimidade genética no direito brasileiro através da combinação do § 2º do art.5ª, inciso X do art. 5º e art. 225, § 1º, inciso II, todos da Constituição Federal do Brasil de 1988, por força da previsão da não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário e em razão da regra prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da mesma carta constitucional, todos com supedâneo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III como um dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil.

O direito à intimidade genética é subjetivo, é da pessoa, em tomar conhecimento pessoal ou não de suas informações genéticas. Obviamente verifica-se que a divulgação destes dados a terceiros e até mesmo ao indivíduo, sem expressa autorização, livre, consciente e informada, do fornecedor dos dados genéticos constitui nítida violação ao princípio da dignidade humana.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

A intimidade genética no Brasil ou em outros países marginais, deve passar, não pela noção individualista, mas pela coletiva, buscando-se evitar a criação de um novo rol de marginais, o geneticamente reprovados nas relações de emprego e de consumo principalmente. Deve-se, pois exigir que as políticas nacionais, internacionais e de poderes econômicos multinacionais como, por exemplo, os das bioindústrias, não criem agravantes da vulnerabilidade humana.

Existem possibilidades de conflitos do direito à intimidade genética com outros direitos, sendo que a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO estabeleceu que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos podem ser tratados e utilizados para os seguintes fins:

a) diagnóstico e assistência sanitária (inclusive provas de análise preditiva);

b) investigação médica e outras formas de investigação científica, compreendidos os estudos epidemiológicos, em especial os de genética da população assim como os estudos de caráter antropológico e arqueológico;

c) medicina forense e procedimentos civis ou penais ou outras atuações legais;

d) qualquer outro fim compatível com a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos garante que a manipulação de dados genéticos humanos somente poderá operar-se de acordo com a legislação interna, a qual deverá estar em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, sendo vedado o acesso á informações genéticas para fins capitalísticos, tais como:

a) nas relações de emprego e como critério para dispensa de empregados, sendo também vedada a utilização dos testes genéticos em processo seletivo de trabalhadores ou para sua manutenção na atividade, a qual deve se adequar ao homem (promoção de um ambiente de trabalho saudável);

b) em admissão em plano de saúde, a proibição da exigência de testes genéticos para realização de contratos de seguro de saúde, se baseia nos princípios da boa-fé e da solidariedade, além de encontrar guarida na questão do risco inerente a natureza do contrato de seguro.

Existem atualmente em alguns países da Europa e nos Estados Unidos leis especificas para vedação de teste genético em relações de consumo e emprego,

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

sendo que o Brasil possui projeto em tramitação no Congresso Nacional, voltado para relações de emprego.

O determinismo genético, além de não possuir bases sólidas, cientificamente falando, ainda atua como mais um agente de segregação, uma vez que pode ser utilizado para justificar a oneração de preços em seguros de saúde e eliminação de pessoas em fase pré-contratual da relação de emprego.

Sob pena de estimulo a uma nova forma de exclusão, a genética, não é possível que se permita a quebra do sigilo genético de alguém como condição para ingressar uma relação de consumo, em especial nos contratos de plano de saúde, no Brasil, por implicar em violação ao princípio da solidariedade e do risco inerentes aos contratos securitários, além de violar o principio da vulnerabilidade positivado em defesa do consumidor.

A adoção no Brasil de práticas de seleção genética para persecução de emprego constituiria um verdadeiro contra-senso a política de inclusão que permite a integração do portador de deficiência em diversos âmbitos, tais como, na educação, na saúde, no trabalho, na acessibilidade e na habitação.

Não deve ser imposto ao empregado o ônus de se adaptar geneticamente ao meio ambiente da empresa. Ao contrário deve-se pugnar pelo uso de processos com substâncias menos perigosas, ou com um grau de proteção mais adequado que evite o contato com o empregado, ou com o meio ambiente em geral.

Após a Constituição de 1988, o Brasil deixou clara sua aderência ao novo paradigma principiológico, quando no art. 170 tratou da ordem econômica, determinado que esta seria fundada na valorização do trabalho humano, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, vinculando sua organização à observação dos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, dentre outros.

O sistema de codificação mostra-se anacrônico e não acompanha o clamor social pela proteção frente aos novos desafios decorrentes, especialmente dos riscos produzidos pelos avanços tecnológicos.

A doutrina e a jurisprudência devem, pois caminhar à frente, de forma arrojada e corajosa, para garantir uma forma de proteção, por via da responsabilização civil objetiva, quando da captação, do uso e da divulgação de informação genética, indevidamente, partindo do atual direito à intimidade, que se

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.print-driver.com

encontra previsto na atual Constituição Federal, analisando-o dentro desta nova realidade social, ou ainda, como defende alguns doutrinadores, por força da aplicabilidade dos tratados internacionais e dos demais princípios constitucionais.

Possuir um emprego, assim como consumir "saúde" são imperativos sociais, que colocam as pessoas em situação de vulnerabilidade limitando suas possibilidades de escolha, de modo que ainda encarregar-lhes de discutir culpa torna a reparação inviável e feri-lhes a dignidade, por legitimá-los como elementos de uma estratégia de lucro e produção.

O princípio da dignidade da pessoa humana decorre da noção racionalista de dignidade de Kant que coloca o homem como o fim de todas as coisas e não como meio, justificando assim a existência de direitos da personalidade, como o direito à intimidade genética. Todavia para o modo de reparação civil, fundada ou não na culpa, deve-se buscar um princípio específico.

Portanto, não basta haver pura e simples a alusão à dignidade da pessoa humana para justificar a responsabilização objetiva, há casos, pois como a violação à intimidade genética onde é preciso vislumbrar a presença da desigualdade que justifica a intervenção estatal na busca de reequilibrar as forças. As relações de consumo e de emprego são, pois, campo fértil para tal.

Impera-se, pois que nas hipóteses trabalhadas nesta dissertação para violação da intimidade genética (relação de seguro saúde e emprego) que nelas se apliquem a responsabilidade civil objetiva, em razão da desigualdade das partes.

A grande maioria dos consumidores vive na condição de meros figurantes, ou até mesmo espectadores, no palco das relações econômicas. Isto implica dizer que, não apenas a noção de risco fundamenta a responsabilização objetiva, mas também a vulnerabilidade no seu viés principiológico, decorrente da vulnerabilidade característica, inata ao consumidor.

Quando o ato de invasão a intimidade genética não seja decorrente de relação de trabalho, o empregador responderá objetivamente a luz do art. 932, inciso III do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva deste ou do comitente por atos de seus empregados, serviçais, prepostos, por atos decorrentes da relação de trabalho ou em função dele, surgindo assim uma responsabilização solidária entre quem realiza o teste genético não consentido e o solicitante.

A principal vantagem para vítima, no plano da responsabilidade objetiva, é desonerar-lhe de discutir a culpa, o que dificulta a reparação em situações como a

DEMO VERSION PLEASE ORDER FULL VERSION www.printdriver.com

relação de emprego, onde existe um desequilíbrio notório entre as partes. Será, pois a vulnerabilidade do empregado que justificará excluir-se a discussão da culpa, pois o poder de direção e de coação do empregador torna inexigível do empregado uma postura que lhe permita discutir as cláusulas contratuais e evitar os danos.

Conclui-se que a conduta do empregador que exige ou realiza, ainda eu com consentimento do empregado, teste genético, mesmo que na seleção de empregados é abusiva e provoca dano a direito da personalidade do empregado e gera o dever de indenizar objetivamente, muito mais durante o contrato de trabalho ou para justificar a extinção deste.

É assegurado ao candidato a emprego omitir ou recusar-se a responder questões que invadam a esfera de sua intimidade (entre elas as de cunho genético) por não relacionar-se com o conteúdo do contrato de emprego, limitando-se a prestar informações sobre sua aptidão para realização da atividade.

Considerando ainda a visão de custo, que se tem do empregado no Brasil e a natureza alimentar da verba salarial que decorre do emprego, a qual impulsiona o contratado a esta relação, torna-se imperioso observar que se faz necessária toda uma sistemática que proteja o empregado em casos de danos, por isso a responsabilidade objetiva é a que melhor se justifica neste meandro.

Assim, a conduta do empregador que exige ou realiza, ainda eu com consentimento do empregado, teste genético, mesmo que na seleção de empregados provoca dano a direito da personalidade do empregado e gera o dever de indenizar objetivamente, muito mais durante o contrato de trabalho ou para justificar a extinção deste.

Ainda quando venha a ser desenvolvida uma doença ocupacional em virtude de uma predisposição genética, se esta apenas se desenvolve quando cumulada com o ambiente de trabalho, aplica-se a Lei 8.213/91 para caracterizar o acidente do trabalho, a ser reparado objetivamente pelo empregador, com base no princípio da vulnerabilidade, sem exclusão da teoria do risco e da dignidade da pessoa humana.

É ponto pacifico que no caso da violação à intimidade genética decorrer de ato positivo do Estado, esta será objetiva.

Os hospitais também respondem por quaisquer danos causados ao paciente, de objetiva, em razão do seu dever de guarda e da ligação jurídica de natureza contratual, da instituição com o médico.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

O hospital ou clínica onde meramente tenham sido realizados os atos que levaram à violação da intimidade genética, ou seja, naqueles casos em que o médico não é empregado da pessoa jurídica, mas simplesmente utiliza-se do espaço físico responde objetivamente pelos danos causados.

Resta apenas a responsabilização subjetiva quando a violação ocorresse por atuação de profissional liberal, um médico, por exemplo, pois por força do art. 14,§ 4º do CDC a responsabilidade civil de tais profissionais é subjetiva e pelo aparente e discutível equilíbrio contratual entre a parte e o médico.

A violação a intimidade genética a luz do que ocorre no caso de lista negra ou de publicação de imagem não autorizada, também não se prende a necessidade da comprovação da dor, do sofrimento, da humilhação, ou seja, é dano *in re ipsa*, onde a certeza da agressão a direito da personalidade da vítima dispensa tal tipo de comprovação, pois como lesão à intimidade da pessoa por vezes mostrar-se-á de difícil constatação, pois atinge parte de esfera psíquica do indivíduo.

Seguindo a linha de pensamento do tribunal francês, conclui-se que para reconhecer o dano moral em ricochete, o importante é a certeza do dano primário e do reflexo, podendo ele ser moral ou material e podendo haver ou não relação jurídica entre as partes.

Até mesmo quando existe uma profunda relação entre as pessoas, no caso de ordem genética, aplica-se a regra geral ora defendida, segundo a qual no dano reflexo o que é importante ser verificado é a existência do dano e não a relação entre as pessoas. No caso de violação à intimidade genética, dano em ricochete, ainda que moral, ante a incerteza de que a lesão tenha também atingido este terceiro, uma vez que cada pessoa possui uma singularidade genética e as anomalias não são auto-transmissíveis, em regra buscar-se-á a investigação quanto aos efeitos aparentes da lesão.

Instar-se-á que o terceiro comprove a situação discriminatória, vexatória, humilhante ou qualquer outra que indique violação à dignidade da pessoa humana, ou à lesão de seus bens materiais para se reconhecer o dano, a ser reparado por via da responsabilização objetiva nas hipóteses de relação de consumo ou emprego em razão da vulnerabilidade.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

LISTA DE ABREVIATURAS

ADN/ARN – *Deoxyribonucleic acid*
CC/02 – Código Civil de 2002
CC/16 - – Código Civil de 1916
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas
ed – Editora
UE – União Européia
ONU - Organização das Nações Unidas
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação e Ciência

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento. Fragmentos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**.Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Melhoramentos Editores. 2008.

ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. **O Equívoco Ecológico: Riscos Políticos da Inconseqüência.** Tradução Lúcia Jahn. São Paulo: Brasiliense, 1992.

ANDORNO, Roberto; **Bioética Y Dignidad de La Persona**, Versión Española del proprio autor. Editorial Tecnos S.A, España, 1997.

ANDRADE, Carlos Frederico Guerra. **Direito à intimidade genética nas relações de emprego.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador.

ANDRE, Claire; VELASQUEZ, Manuel. **Read My Genes: Genetic Screening in the Workplace** . Disponível em <http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v4n2/genes.html>. Acesso em 11 abr. 2010 às 13:00.

ASSIS JUNIOR, Luiz Carlos de. **Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho.** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - Professor Mário de Figueiredo Barbosa. n.19, 2009.

BARBUJANI, Guido. **A invenção das raças. Existem mesmo raças humanas? Diversidade e preconceito racial.** São Paulo: Contexto. 2007.

BARRETO, Plínio. **Supremo Tribunal Federal**. In Revista dos Tribunais. Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de S. Paulo. Ano III, Volume XI, Nº 1. 2 de setembro de 1914.

BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. **Princípios de ética médica.** São Paulo: Loyola, 2002.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: **lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 629.212/RJ** – 2004/0019175-20. 4ª Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. DJU 17.9.2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 mar. 2011 às 13:45.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.Print-Driver.com

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 602102/RS**. Relatora Ministra Eliana Calmon. DJ 21.02.2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, à 17:45.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 994253/RS** – Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 15/05/2008. Disponível em: < http://www.stj.gov.br>. Acesso em 05 fev. 2011, às 15:00.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 261.028-RJ**. Relator: Ministro Menezes Direito. DJU 20.8.01, p. 459). Disponível em: < http://www.stj.gov.br>. Acesso em 08 jan. 2011, às 15:13.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.** 267.530/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJe 12/3/2001. Disponível em: < http://www.stj.gov.br>. Acesso em 08 jan. 2011, às 18:38.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 401.397/SP,** Relatora: Ministra Nancy Andrighi, J. 27.06.2002, RSTJ 161/310. Disponível em: < http://www.stj.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 14:32.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1067738/GO** - 2008/0136412-7. Terceira Turma. Ministro Relator: Sidnei Beneti. Ministra Relatora do Acórdão: Nancy Andrighi. DJe 25/06/2009. Disponível em: < http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 mar. 2011, às 16:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Adin nª 939-7.** Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ de 18.03.1994, p.05165. Disponível em: < http://www.stf.gov.br>. Acesso em 09 mar. 2011, às 19:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109.615**, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 02/08/96. Disponível em: < http://www.stf.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 17:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819/RJ,** Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 11.10.2005. DJ de 27.10.2006, p.64. Disponível em: < http://www.stf.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 10:00.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 341**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 10 dez. 2010, às 20:00.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598060713**. Relator: Desembargador Antônio Janyr Dall'agnol Júnior, Data do Julgamento: 23.09.98. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 09 mar. 2011, às 13:48.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70003427804**. 6ª Câmara Cível.Relator:Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – DJ. 20.02.2002. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 09 mar. 2011, às 13:00.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 01332-2008-023-03-00-4.** Segunda Turma. Juiz Relator: Desembargador Luiz Ronan Neves Koury. Data de Publicação: 03/02/2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br>. Acesso em 22 set. 2010, às 18:00.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Recurso Ordinário, ac. nº 032369/2009**, 5ª. Turma, Relatora Desembargadora Maria Adna Aguiar, DJ 24/11/2009. Disponível em: < http://www.trt5.jus.br>. Acesso em 10 mar. 2011, às 13:30.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciado nº. 331.** Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 10 de dez. 2010, às 20:20.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 76089/2003-900-02-00,** Rel. Min. Lélio Bentes Corrêa, DJ 17/06/2005. Disponível em: < http://www.tst.gov.br>. Acesso em 05 dez. 2010, às 11:25.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista - 73400-29.2009.5.03.0000** Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Publicação: DEJT 18/02/2011. Disponível em: < http://www.tst.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 21:30.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 32800-89.2004.5.09.0091**, 4ª Turma, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen. Data de Publicação: DJ 15/02/2008. Disponível em: < http://www.tst.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 16:21.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº. 65700-12.2008.5.12.0024**, 4ª Turma, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em: < http://www.tst.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 17:20.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista - 73400-29.2009.5.03.0000** Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Publicação: DEJT 18/02/2011. Disponível em: < http://www.tst.gov.br>. Acesso em 08 mar. 2011, às 18:30.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5159>. Acesso em: 17 fev. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável.** Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Del gen al derecho.** Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 1996.

_____. **Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas**. In: (Ed.). La **Eugenesia Hoy**. Granada: Comares,1999.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. **Responsabilidade Civil Médica Hospitalar.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza **O direito à diferença.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DAVID ARAÚJO. Luiz Alberto. **A proteção constitucional da própria imagem**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1989.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Privacidade Genética**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação da tutela.** Volume 2. 5ª ed. Salvador: JusPodivm. 2010.

DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. **Bioética Feminista: o resgate político do conceito de vulnerabilidade.** Bioética (Brasília), v. 7, p. 181-187, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 7. Responsabilidade Civil**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPIEL, Hector Gross e SÁNCHEZ, Yolanda Gómez. **La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.** Granada: Comares, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**.2ª Ed. São Paulo: Atlas,1994.

FERRER, Jorge José e ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Teorias e paradigmas teóricos da bioética contemporânea.** Edições Loyola: São Paulo, 2005.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral**. v.1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.III. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARRAFA, VOLNEI; PRADO, Mauro Machado do. **Mudanças na Declaração de Helsinki: Fundamentalismo Econômico, Imperialismo Ético e Controle Social. In: Direitos humanos e bioética.** Maceio: EDUFAl. Org. George Sarmento, 2001.

GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. **Bioética, Poder e Injustiça: por uma ética de intervenção. In *Bioética:* Poder e Injustiça.** Org: Volnei Garrafa.Léo Pessini. São Paulo: São Camilo, Loyola, 2002.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Da bioética clinica à bioética ambiental**.Diálogos e Ciência – Revista da Rede de ensino FTC. Ano VI, n. 13, mar. 2008. INSS 1678-0493. Disponível em: http://www.ftc.br/dialogos. Acesso em 08 mar. 2011às 15:00.

GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil**, IV volume. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUATTARI, Félix. **As Três Ecologias.** 11ª ed. Tradução Maria Cristina F.Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução: Flávio Beno Sebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria F. e Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JOURDAIN, Patrice e VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: Les Conditions de la Responsabilité.** 2ª èd. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1998.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9ª ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

LARENZ Apud HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade.** Curitiba: JURUÁ, 2007.

LASSALLE. Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador.

LOTUFO, Renan (Org.) **Direito Civil Constitucional** – Caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva,1987.

MARTINS-COSTA, Judith. **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematizacão dos deveres pré-contratuais de proteção no direito civil brasileiro.** Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 867, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, J. P. Remédio. **Patentes de genes humanos**? Coimbra: Coimbra Editora, 2001

MELLO, Daisy Giffony; BRAZ, Marlene. **Vulnerabilidade, autonomia e ética em pesquisa.** In Revista Brasileira de Bioética. Vol. 4, números 1 e 2, Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 13ª edição. São Paulo: Malheiros. 2001.

MIGUEL, Carlos Ruiz. **Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación**. In Genética y derecho. A.A.V.V. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.

MINAHIN, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia.** São Paulo: RT, 2005.

MORAN, Luis Gonzalez**. De la Bioética... al Bioderecho.** Madri: Editorial Dykinson, S.L, 2006.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Porto Alegre: Sulina, 4ª ed. 2003.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica Marcelo Neves.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DEMO VERSION
PLEASE
ORDER FULL
VERSION
www.print-driver.com

NEVES, Maria do Céu Patrão. **Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e principio.** In: Bioética, Vulnerabilidade e Saúde. São Paulo: Idéias e Letras; São Camilo, 2007.

NETO, Francisco Vieira Lima, **O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA. Fátima**. Indagações e reflexões feministas sobre o Projeto Genoma Humano.** Disponível em http://www.eclac.org/mujer/noticias/noticias/0/8260/fatima_oliveira.pdf. Acesso em 12 mar. de 2010 às 12:35.

_____**. Nossos genes nos pertencem! Bioética, feminismo e violência Genética.** Disponível em http://www.fase.org.br/projetos/vitrine/admin/Upload/1/File/Fatima_Oliveira.PDF. Acesso em 15 de jul. 2010 às 18:20.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** v. III, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: **nova retórica.** Tradução: Virgínia K. Ipupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PESSINI, Léo e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética.** 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O Direito Fundamental à Identificação Genética na Constituição Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas conseqüências jurídicas.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

PONTIFÍCIA ACADEMIA PRO VITA. **The dignity of the dying person: proceedings of the Fifth Assembly of the Pontifical Academy for Life** apud PESSINI, Leo. **Distanásia**: **até quando prolongar a vida?** São Paulo: Loyola, 2007.

POPPER. Karl. **Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico.** Tradufcción de Néstor Míguez. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Paidos, 1991.

_____. **Lógica das Ciências Sociais.** Tradução de Estevão de Rezende Martins, Claudio Muniz, Aequarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. **A Lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Henenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1985.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. **Vulnerabilidade e situações de risco em grupos populacionais expostos a riscos ocupacionais e ambientais no contexto brasileiro**. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/iussp2001/cd/GT_Pop_Amb_Porto_Text.pdf>. Acessado em 08.03.2011 às 00:15.

REALE, Miguel. **A Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 27ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SASS, Liz Beatriz. **Direito e Natureza - (Re) Construindo vínculos a partir de uma Ecocidadania.** Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências.** 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SCARPELLI, A. C. ; FERREIRA, E. F. ; ZARZAR, P. M. P. A. . **Vulnerabilidade socioeconômica *versus* autonomia na pesquisa em saúde**. Bioética (Brasília). v. 15, 2007.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr., 2009.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador.** São Paulo: LTr., 2008.

SILVA, Mônica Neves Aguiar. **A Proteção do Direito à Diferença como Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana: A Desigualdade em Razão da orientação Sexual**. In Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org.: Rosmar Alencar. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

_____. **Direito à intimidade genética em face do art. 232 do Código Civil e sua defesa pela criação de um Hábeas Genoma.** In DIDIER JR., Fredie e MAZZEI.Prova, Exame Médico e Presunção: o art. 232 do Código Civi.Salvador: Podivm, 2006.

_____. **Direito à Filiação e Bioética.** São Paulo: Forense, 2005.

SILVA, Mônica Neves Aguiar e REIS, Sergio Nogueira. **Bioética no cinema**. 1ª ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições. 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional aos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr., 2001.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com

_____. **Proteção constitucional ao trabalho da Prostituta.** In: Revista do Ministério Público do Trabalho. Ano XVIII. N. 36, Setembro, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Juspodivn, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité.** 2ª èd. Paris: Librariie Générale de Droit e Jurisprudence, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DEMO VERSION
PLEASE ORDER FULL VERSION
www.print-driver.com