ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 26 – abril/maio/junho de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

CONSTITUIÇÃO, DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA E RELAÇÕES DE TRABALHO

Manoel Jorge e Silva Neto

Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia. Coordenador do Núcleo de Combate à Discriminação nas Relações de Trabalho no Estado da Bahia. Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor-Convidado (Visiting-Scholar) da Universidade da Flórida – Levin College of Law (EUA). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

Resumo: Esse artigo tem o propósito de analisar as práticas discriminatórias fundadas em investigação do substrato genético da pessoa no que concernem às relações de trabalho. Além disso, propõe-se a evitar tais práticas com base na Constituição brasileira de 1988.

Abstract: *This article has the proposal of making analyses of the discrimination which is founded on the research of an individual's genetic structure and concerning labor relations. Beyond that, its proposal is to avoid such practices according to the Brazilian Constitution of 1988.*

Sumário: 1. Proposta do artigo 2. Questões Introdutórias sobre a Discriminação Genética Ilegítima 3. A Cláusula Constitucional de Não-discriminação e a Discriminação Genética Ilegítima 4. Instrumentos de Tutela contra a Discriminação Genética Ilegítima 5. Conclusão

Palavras chave: Constituição. Discriminação. Estrutura genética.

Key words: *Constitution. Discrimination. Genetic structure.*

ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania
REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

1. Proposta do artigo

Contemplada a espécie humana por avanços tecnológicos, foi, infelizmente, premida pelas incertezas quanto ao futuro. Com isso, parece inegável reconhecer como um dos caracteres da nossa denominada *pós-modernidade* o vertiginoso desenvolvimento das ciências biomédicas, em especial a Genética.

Tanto é assim que exames genéticos custeados por planos de saúde já podem detectar doenças cuja manifestação no organismo da pessoa talvez se dê apenas anos ou décadas mais tarde.

No entanto, algo assim fatídico ligado à natureza humana a prende, de modo inexorável, ao paradoxo da utilização benéfica do desenvolvimento das ciências simultaneamente ao seu uso *contra* o próprio ser humano.

Com efeito, se a fusão do átomo proporcionou avanços indiscutíveis no campo da medicina nuclear, promovendo melhores condições de vida às pessoas portadoras de câncer, a mesmíssima descoberta foi responsável pelo lançamento da bomba atômica em Hiroxima e Nagasaki na II Grande Guerra Mundial.

Também os avanços da Genética atribuem custo à civilização humana, especialmente no que se relaciona a práticas discriminatórias no recinto das relações de trabalho, como poderemos observar.

Assim, o propósito do presente artigo é examinar o aparecimento da *discriminação genética*, contemporânea que é das recentíssimas descobertas científicas e que se propõem a melhorar a condição de vida das pessoas, o que será empreendido no item 2. Em seguida, no item 3, examinaremos a cláusula constitucional de não-discriminação, com olhar propedêutico sobre as conhecidas espécies de discriminação *legítima* e *ilegítima*, bem assim as suas conseqüências para as relações de trabalho. Buscaremos, no item 4, a apresentação de soluções relacionadas ao problema das práticas discriminatórias, inclusive mediante a atuação de órgão públicos e privados em prol do banimento de tal discriminação. Reservaremos o item 5 para as conclusões do trabalho.

2. Questões Introdutórias sobre a Discriminação Genética Ilegítima

O que é *discriminação genética ilegítima*? Qual a importância do seu estudo para as relações de trabalho?

É o que se tentará responder neste item.

Inicialmente, podemos designar de discriminação genética ilegítima

toda e qualquer prática discriminatória ilícita que tem por base a codificação genética da pessoa.

Logo, embora estejamos investigando, aqui, as repercussões da utilização indevida dos dados genéticos no que atina a agravo cometido à situação jurídica de trabalhador, cumpre frisar que a discriminação genética ilegítima pode muito bem afetar o indivíduo noutros domínios de sua existência, como, por exemplo, na condição de *consumidor.*

Com evidência, há notícia a respeito de empresas gestoras de planos de saúde que, de posse dos resultados de exame dos segurados reveladores de mera probabilidade genética quanto a serem, no futuro, acometidos de graves enfermidades, impõem pesados reajustes dos valores a serem pagos pelos contratantes.

Mas, como dito, o objetivo do estudo é analisar a discriminação genética no que se relaciona ao mundo do trabalho.

E, no particular, não há como desconhecer a importância do assunto para as relações de trabalho, principalmente a partir da constatação de que é crescente o recurso a toda espécie de exame clínico dos trabalhadores por parte de maus empresários.

Rigorosamente, o legislador ordinário já se pôs em marcha para impedir a exigência de exames que visem discriminar trabalhadores, conforme se pode detectar na redação do art. 373-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao proibir à empresa exija da empregada qualquer exame capaz de comprovar eventual estado de gravidez.

Idêntico raciocínio pode e deve ser extratado no que concerne a contingente exigência formulada pela empresa e que se dirija à submissão, pelo trabalhador, de exame de cunho genético.

Aliás, no caso, temos perfeita hipótese de aplicação analógica de disposição normativa, visto que a inexistência de preceito expresso no sistema do direito positivo que impeça a exigência quanto a exame genético não deve, jamais, servir de barreira para banir a discriminação genética ilegítima do contexto das relações de trabalho.

Se a empregada, gestante ou não, tem o direito de não se submeter a exame de gravidez, é evidente que o empregador não pode exigir qualquer outro exame (salvo os admissionais referidos no art. 168, I, da CLT), cujo resultado possa determinar qualquer espécie de limite para inserção do trabalhador na empresa.

3. A Cláusula Constitucional de Não-discriminação e a Discriminação Genética Ilegítima

É a Constituição de 1988 o mais eloqüente texto do sistema do direito positivo que se põe a firmar a idéia de não-discriminação, isonomia, igualdade.

Basta o exame do art. 3º, IV, cujo enunciado registra que

"constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Não fosse a emblemática determinação do indigitado dispositivo, temos ainda o art. 5º, *caput*, da Constituição, a evidenciar que

"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 (...)".

Possuímos, portanto, todo arcabouço normativo destinado a expungir das relações de trabalho toda e qualquer prática discriminatória, inclusive aquela havida da reprovável utilização de dados genéticos do trabalhador.

Conseqüentemente, embora seja sempre bem-vinda alteração de lei ordinária para aumentar a intensidade de proteção formal aos direitos fundamentais das pessoas, o incontrolável descompasso entre a realidade física e a regulamentação normativa enseja, de modo invariável, o aparecimento de lacunas cuja colmatação deva ser operada com o imprescindível recurso aos princípios constitucionais.

Eis a razão, por conseguinte, de ter se elevado tão significativamente o estudo dos princípios constitucionais, de modo marcante a partir da década passada, mais ainda após a divulgação das idéias de DWORKIN e ALEXY.

Os dispositivos invocados são, assim, a base constitucional destinada a que se interdite a produção de norma jurídica ou de qualquer outro ato em dissonância da regra isonômica.

Mas o problema da adequação dos atos normativos ao princípio da isonomia não se reconduz apenas à constatação de se, com efeito, houve a escolha por um critério distintivo para desequiparar os indivíduos.

Em rigor, se poderá chegar à hipótese em que, mesmo eleito um discrímen, não haver agravo ao princípio da igualdade.

E como tal pode se suceder?

Explica-nos Celso Antônio Bandeira de Mello que "(...) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico (...). (...) as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição".[1]

Por conseguinte, teremos por *legítima* a discriminação — e, portanto, não ofensiva ao postulado da igualdade — quando o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontra plenamente justificado pela situação fática.

Imagine-se a circunstância em que determinado empregador deva escolher entre dois empregados de sexos diferentes a quem agraciará com promoção para exercício de cargo de diretoria em filial localizada num país que, reconhecida e notoriamente, impõe sérias restrições à presença feminina no mercado de trabalho (Arábia Saudita, por exemplo). Optando, como certamente optará, pelo empregado do sexo masculino, poderia se cogitar de desrespeito à isonomia por consumada a escolha com base no critério sexo? É certo que não, fundamentalmente porque a discriminação operada pela empresa está autorizada por uma situação da vida que compele a unidade à escolha do empregado.

---

[1] Cf. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, p. 17.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para efeito de contratação de trabalhadores para exercerem atividade em filiais no exterior que possuam o singular problema mencionado. É certo que as admissões convergirão integralmente para trabalhadores do sexo masculino, sem que isso proporcione qualquer agravo ao princípio da igualdade, estando legítima, destarte, a desequiparação consumada.

Se, entretanto, por razões ditadas exclusivamente por idiossincrasias do empregador, nega a promoção ou impede a contratação da trabalhadora, a hipótese, sem dúvida, é de discriminação *ilegítima*, por não fundada em circunstância autorizativa do procedimento desequiparador.

E não se restringem ao fator sexo as ocorrências discriminatórias legítimas e ilegítimas no âmbito da relação contratual de trabalho, já que o critério idade pode ser igualmente colhido, como na hipótese de empresa de moda que contrate apenas trabalhadores até um certo limite de idade para desfile de coleção dirigida ao público jovem. No caso, o discrímen foi legitimado pelo fato de que o evento se voltava a público de menor faixa etária, tornando conveniente (ou mesmo comercialmente necessária) a contratação de modelos em consonância com a faixa dos consumidores que se deseja conquistar.

Outra é a situação, todavia, quando se nega posto de trabalho a candidato que tenha cinqüenta anos, apenas por tal condição, apenas pelo fato de o empregador achar o laborista “velho” demais para ser integrado à empresa, e fechando os olhos aos grandes benefícios que um empregado mais experiente pode lhe trazer. A discriminação, aqui, é absolutamente ilegítima pelo que encerra de preconceito e de completa ausência de fato que consinta o empresário a desequiparar com base no critério idade.

São, enfim, inúmeras as hipóteses que autorizam e reprovam a discriminação no emprego; o que nos parece decisivo para iniciar as nossas divagações acerca do tema é reconhecer a insuficiência da regra genérica do art. 5º, *caput*, da Constituição para solucionar as graves incertezas que rondam o assunto e, além disso, saber que a discriminação estará legitimada quando houver correlação lógica entre o fator de desequiparação e a situação da vida de que se trata.

É o que deve caracterizar a análise da discriminação genética de color ilegítimo.

Será sempre ilegítima a discriminação genética quando não consentida por fato da vida; quando o empregador se vale das informações da codificação genética do empregado para recusar-lhe promoção ou, pior ainda, para impedir se dê a contratação.

Porém, dentro da multitudinária realidade das relações de trabalho, presenciamos circunstâncias permissivas do uso de dados genéticos do trabalhador pela empresa sem que o procedimento descambe para a ilegitimidade, como, por exemplo, na situação em

que realizado exame genético, tenha sido constatada a probabilidade de o empregado ser, no futuro, acometido de *leucopenia*, que é enfermidade relacionada à redução dos leucócitos no sangue. Tratando-se de empresa cuja atividade esteja vinculada ao ramo químico e que se utilize do *benzeno* no processo produtivo ou como matéria-prima, é absolutamente legítimo o comportamento empresarial destinado a afastar o trabalhador de qualquer contato com a substância, posto que é causa eficiente de instalação da doença indicada como probabilidade de ser contraída pelo trabalhador, mais ainda porque dados estatísticos e científicos comprovam, de forma objetiva, que há inegável correlação entre exposição ao benzeno e a redução dos glóbulos brancos do sangue.

Igualmente não será ofensivo à cláusula constitucional anti-discriminatória o procedimento empresarial que culmine até com a transferência do empregado para outra unidade ou planta industrial, tudo de sorte a protegê-lo contra a exposição à substância.

Não se deve desconhecer que os exames genéticos apontam para probabilidade de instalação de determinada doença; todavia, tal possibilidade é amparada em dados científicos cuja efetiva ocorrência dependerá, em grande medida, da própria atitude assumida pela pessoa, reduzindo ou elevando a probabilidade de ser acometida pela doença, tudo a depender de cuidados médicos especiais, qualidade de vida, alimentação, *stress*, e, de contraparte, em não menor grau de intensidade, também dependerá a confirmação dos registros do exame genético da maior ou menor proteção dispensada pelo empregador aos seus empregados.

4. Instrumentos de Tutela contra a Discriminação Genética Ilegítima

Se a investigação denota a existência de prática discriminatória ilegítima, é injuntivo apresentar soluções que visem à proteção dos trabalhadores em casos que tais.

É o objetivo deste item 4.

E não poderia mesmo ser diferente, porquanto o exame do direito material, com alusão à existência de problema especialmente grave em termos de proteção dos trabalhadores, impõe o encontro de soluções para ofensas perpetradas contra direito de irrecusável fundamentalidade.

Assim, pode o empregado ou o trabalhador adotar medidas judiciais de natureza individual contra a discriminação genética ilegítima.

Se, por exemplo, o trabalhador teve recusado o posto de trabalho em virtude de dado inserido no exame genético-clínico e que demonstrou probabilidade de vir a ser

acometido de doença, sendo hipótese de discriminação ilegítima, torna-se possível buscar a reparação perante a Justiça do Trabalho, inclusive para pleitear a indenização por dano ao patrimônio moral do trabalhador.

Parece-nos indiscutível a competência da Justiça do Trabalho no particular, máxime porque a situação descreve hipótese na qual *trabalhador* teve recusada a possibilidade de celebrar contrato de trabalho, em que se consolidaria formalmente *relação de emprego*; logo, tem-se por certo que a causa de pedir guarda, próxima ou remotamente, relação com a competência material da Justiça do Trabalho.

Portanto, o primeiro instrumento de tutela a ser referido é a *ação trabalhista individual.*

Nela o empregado poderá discutir o mérito da transferência, salvo quando o ato patronal atender às prescrições enunciadas no art. 469, *caput* e § 1º, da CLT, ao estatuir, por exemplo, que se não considerará ilícita a transferência, dentre outras hipóteses, a que resulte daqueles contratos que tenham como condição, implícita ou explícita, tal transferência, desde que decorra de real necessidade de serviço.

Também poderá o empregado buscar o contraste judicial do alegado motivo para a transferência e relacionado aos dados fornecidos pelo exame genético e a real situação vivenciada pelo laborista no âmbito da empresa.

Porém, como se sabe, são muito escassas as hipóteses de empregados que, durante o vínculo, propõem ações individuais contra seus empregadores, à vista da reação empresarial que invariavelmente se dirige à extinção do contrato de trabalho.

Por isso, funcionando como autêntico "escudo" jurídico para o empregado, é necessário referir como instrumento de tutela contra a discriminação genética ilegítima a *ação civil pública.*

Instrumento processual de defesa da coletividade por excelência, a ação civil pública granjeou tamanho prestígio no Brasil que chega mesmo a se converter na ação, de longe, mais largamente utilizada pelos co-legitimados para a tutela judicial de interesses transindividuais.

Não é de modo diverso o que pode acontecer na hipótese de discriminação genética ilegítima praticada por empregador.

Seja porque o uso indevido de informações constantes de exame genético ofende ofuscantemente o *direito à autodeterminação informática* do trabalhador, que é direito fundamental e indisponível, atraindo a incidência do art. 127, *caput,* da Constituição e tornando o Ministério Público do Trabalho co-legitimado à iniciativa judicial, seja porque o

procedimento empresarial pode estar relacionado a *todos* os trabalhadores do estabelecimento, determinando o aparecimento de transgressão a interesse coletivo, nota-se a natural vocação da ação civil pública para resolver o problema, de modo marcante em razão do seu caráter precipuamente cominatório, com base no qual poderá o MPT ou qualquer outro legitimado incluir na petição inicial pedido de obrigação de não-fazer, isto é, não exigir a submissão de trabalhador a exame genético ou não exigir que, realizado o exame, sejam os dados entregues à empresa, exceto nos casos em que a exigência se encontra completamente amparada em situação da vida, como já fizemos questão de remarcar neste estudo.

5. Conclusão

Diante do exposto, é possível alcançar as seguintes conclusões:

Discriminação genética ilegítima é toda e qualquer prática discriminatória ilícita que tem por base a codificação genética da pessoa;

Embora seja sempre bem-vinda alteração de lei ordinária para aumentar a intensidade de proteção formal aos direitos fundamentais das pessoas, o incontrolável descompasso entre a realidade física e a regulamentação normativa pode ensejar o aparecimento de lacunas cuja colmatação deva ser operada com o imprescindível recurso aos princípios constitucionais;

Teremos por *legítima* a discriminação — e, portanto, não ofensiva ao postulado da igualdade — quando o critério distintivo eleito para desequiparar as pessoas se encontra plenamente justificado pela situação fática; todavia, discriminação *ilegítima* é a não fundada em circunstância autorizativa do procedimento desequiparador;

Será sempre ilegítima a discriminação genética quando não consentida por fato da vida, quando, exemplificativamente, o empregador se vale das informações da codificação genética do empregado para recusar-lhe promoção ou, pior ainda, para impedir se dê a contratação;

Dentro da multitudinária realidade das relações de trabalho, presenciamos circunstâncias permissivas do uso de dados genéticos do trabalhador pela empresa sem que o procedimento descambe para a ilegitimidade, como, por exemplo, na situação em que realizado exame genético, tenha sido constatada a probabilidade de o empregado ser, no futuro, acometido de *leucopenia*, que é enfermidade relacionada à redução dos

leucócitos no sangue. Tratando-se de empresa cuja atividade esteja vinculada ao ramo químico e que se utilize do *benzeno* no processo produtivo ou como matéria-prima, é absolutamente legítimo o comportamento empresarial destinado a afastar o trabalhador de qualquer contato com a substância, posto que é causa eficiente de instalação da doença indicada como probabilidade de ser contraída pelo trabalhador;

Pode o empregado ou o trabalhador adotar medidas judiciais de natureza individual contra a discriminação genética ilegítima, dentre as quais a mais que conhecida *ação trabalhista*;

Sendo raras as hipóteses de empregados que, durante o vínculo de emprego, acionam seus empregadores, abre-se a necessidade de uso da *ação civil pública* pelos co-legitimados (Ministério Público do Trabalho, sindicatos profissionais, associações) tudo de sorte a obterem provimento judicial de cunho cominatório e destinado à imposição de obrigação de não-fazer, já, aqui, capaz de impedir a renovação de exigência pelo empregador quanto ao fornecimento de dados genéticos dos empregados ou de submetê-los a exame para tal fim.

Salvador, julho de 2008.

ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1993.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho, São Paulo: Ltr. Editora, 2005.

_____. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 3ª edição, 2008.

Genoma Traiçoeiro, Fonte: Revista Veja, edição de 7 de maio de 2008, p. 169.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição, Discriminação Genética e Relações de Trabalho. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-MANOEL-JORGE-E-SILVA-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: