

# A DISCIPLINA JURIDICA DA INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO PRÉ- CONTRATUAL EMPREGATÍCIA

Andrea Ferreira Macedo<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo propõe-se a analisar a situação do direito à intimidade genética do candidato a determinado cargo, prévio à própria contratação do empregado, tendo em vista a possibilidade de discriminação genética em virtude do desenvolvimento da biotecnologia. Neste ponto, faz-se necessário verificar os avanços da tecnologia no âmbito genético, além de uma análise acerca do direito à intimidade e a boa-fé na relação pré-contratual empregatícia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Genética. Intimidade genética. Boa-fé objetiva. Discriminação.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. IMPORTÂNCIA DA GENÉTICA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O BIODIREITO. 2.1. Avanços genéticos. 2.2. Bioética. 3. INTIMIDADE GENÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 3.1. Direitos da personalidade. 3.2 Direito à intimidade genética. 4. A BOA-FÉ OBJETIVA. 4.1. Boa-fé na fase pré-contratual 4.2 Deveres jurídicos anexos. 5. INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL EMPREGATÍCIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fim analisar as situações atuais de discriminação e ofensa realizadas pelo empregador ao direito da intimidade do candidato ao cargo de emprego, em virtude do material genético que este carrega.

Isso é possível diante do avanço da Biotecnologia, possibilitando o detalhamento do genoma humano, o que trouxe benefícios à sociedade como a cura e prevenção de doenças, longevidade e qualidade de vida para a sociedade como um todo. No entanto, muitas vezes essas descobertas são utilizadas de forma inadequada, acarretando prejuízo para parte da população, como no caso ora proposto.

---

<sup>1</sup> Discente do 5º ano B matutino do curso de Direito da UNIFACS.

Deste modo, o trabalho tem como objetivo analisar o direito à intimidade genética desses candidatos ao cargo, notadamente por conta da possibilidade do empregador obter dados do empregado e divulgá-los.

Outrossim, faz-se necessário analisar a boa-fé objetiva pré-contratual, ou seja, a aplicação deste princípio nas relações que antecedem a formalização contratual entre as partes. Ademais, salienta-se a importância de explorar as funções da boa-fé objetiva, bem como os seus deveres jurídicos anexos.

Por fim, o presente artigo visa concluir a questão do acesso ao uso e utilização das informações genéticas do empregado, visando a vedação à discriminações genéticas que prejudiquem o candidato ao cargo almejado.

## **2. IMPORTÂNCIA DA GENÉTICA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O BIODIREITO**

A sociedade se transforma intensamente em uma velocidade impressionante, e isso se dá por diversos fatores, notadamente por conta dos avanços tecnológicos que a cada dia incrementam o mundo com novidades, descobertas e invenções que influenciam diretamente a vida de todos.

Neste ponto, é preciso ter em mente que o detalhamento do genoma humano trouxe diversos benefícios à sociedade como a cura e prevenção de doenças, longevidade e qualidade de vida para a sociedade como um todo, apesar de muitas vezes não serem muito bem utilizados.

Diante desse panorama, esse tópico se dedica ao estudo dos avanços genéticos e a sua influência na sociedade atual, haja vista as grandes consequências que todas as descobertas ligadas ao Biodireito geram na vida de cada indivíduo.

### **2.1. Avanços genéticos**

Para uma melhor compreensão da relevância genética para o cotidiano da sociedade como um todo, faz-se necessário uma análise no que concerne aos avanços genéticos experimentados nos últimos anos.

É possível dizer que desde o Século XX a coletividade vem percebendo as progressões científicas, como a melhoria na qualidade de vida, desenvolvimento no estudo da AIDS, do Projeto Genoma, biologia molecular e engenharia genética, entre outros. Ocorre que é preciso ter muito cuidado com todos esses avanços, posto que muitas vezes eles se chocam com valores ético-jurídicos da humanidade.

Não por outro motivo, o Direito não poderia ficar inerte a toda essa movimentação genética, haja vista a necessidade de se posicionar acerca dessas questões que intervêm fortemente em diversos aspectos do cotidiano da população. Assim, “a bioética e o biodireito não poderão ficar de viés ante essa realidade e o fato de os conceitos jurídicos terem ficado ultrapassados” (DINIZ, 2014, p 1042).

A referida autora ainda acrescenta:

O grande desafio do século XXI será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageiros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, ao considerá-la como o novo paradigma biomédico humanista, dando-lhe uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural entre os povos, encorajando-os a unirem-se na empreitada de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.

Neste ponto, percebe-se que a dificuldade da ciência será conseguir unir toda a tecnologia atingida com estudos dedicados à descobertas que têm aptidão de alterar a vida da sociedade, com os valores éticos inerentes aos avanços científicos e possíveis violações a esse aspecto.

Outrossim, nota-se que um ponto importante para promover a harmonia entre esses dois polos seria a promoção da equidade entre eles, a qual deve se dar a partir da investigação dos diversos aspectos relacionados aos campos sociais e da ciência, visando a concretização desses dois fragmentos pertencentes a um total comum.

Assim, compreende-se a validade da questão, haja vista as possibilidades de visões acerca do mesmo ponto, de modo que o equilíbrio entre o desenvolvimento científico e o campo social torna-se condição imprescindível para a contínua aplicação das descobertas obtidas através dos estudos da biotecnologia.

Desse modo, torna-se necessária uma análise acerca da Bioética, a qual é justamente a junção das novas tecnologias adquiridas com a ética que deve reger as relações, o que será objeto de estudo do próximo tópico.

## 2.2. Bioética

A compreensão e estudo da Bioética é extremamente relevante para maior clareza e interpretação do presente trabalho, posto que o mesmo se dedica a analisar a validade e legitimidade no que diz respeito à aquisição e uso de informações genéticas de empregados e o seu uso, evidentemente como critério admissional.

Como dito no tópico anterior, hoje há uma grande dificuldade em harmonizar o emprego dos avanços tecnológicos com os valores sociais. Diante disso, há esse instituto denominado de

Bioética, o qual visa compatibilizar essas questões, objetivando tanto o desenvolvimento da ciência, o qual traz imensos benefícios a todos, como a sua devida adequação aos princípios existentes na sociedade.

Verifica-se, portanto, na Bioética, a função de adequar a suposta dialética existente entre o valor jurídico e social da própria pessoa humana e os diversos conhecimentos científicos obtidos através de estudos visando aprimorar a medicina vigente. Desse modo, é possível relacionar as consequências jurídicas estabelecidas através da bioética com os direitos fundamentais de terceira geração, qual seja, o direito coletivo.

Resta, portanto, delineadas as principais questões atinentes à percepção da Bioética, ponto crucial para todo o desenvolvimento científico atual, e de grande relevância para uma melhor análise crítica acerca do tema proposto neste trabalho.

### **3. INTIMIDADE GENÉTICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A compreensão de toda a estrutura que rodeia o direito à intimidade, o qual pode ser ramificado, sendo a intimidade genética uma das subdivisões, é de extrema importância para que se possa avaliar esse direito como um todo.

Assim sendo, neste tópico, será analisado passo a passo o direito à intimidade, a sua formação e elementos que o consitui, passando pelos direitos da personalidade, até chegar ao direito à intimidade propriamente dita.

#### **3.1. Direitos da personalidade.**

Uma das inovações trazidas pelo Código Civil Brasileiro de 2002 foi a edição de um capítulo inteiro destinado aos direitos da personalidade (Capítulo II do Livro I, Título I, Parte Geral). Isso se deu em virtude da consciência de que o Código Civil de 1916 era extremamente patrimonialista e novo código deveria se atentar a outros direitos, notadamente aos direitos da personalidade.

Embora já existisse desde a Antiguidade, os direitos da personalidade só veieram a ser reconhecidos muitos anos depois, com a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789. Mas no Brasil a sua legalização ocorreu apenas com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, que segue transcrito:

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;

Os referidos direitos, são aqueles intrínsecos a todos os indivíduos e segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p 184), são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Já Flávio Tartuce (2010, p 167) compreende que

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte.

Ademais, segundo Silvio Venosa (2004, p 63), “há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”. Assim sendo, compreende-se os direitos da personalidade como sendo aqueles que compõem a própria essência do sujeito, de caráter extrapatrimonial.

Relevante destacar, ainda, a titularidade desses direitos. Claramente, o ser humano é o titular dos direitos da personalidade. No entanto, esses direitos não se limitam a ele, posto que abrangem também os nascituros, desde a sua concepção.

A questão é ainda mais interessante no que diz respeito às pessoas jurídicas, tendo em vista que, por muito tempo se entendeu que elas não eram detentoras desse direito. Todavia, esse não é o melhor entendimento, posto que “a legislação jamais excluiu expressamente as pessoas jurídicas da proteção aos interesses extrapatrimoniais, entre os quais se incluem os direitos da personalidade” (STOLZE; PAMPLONA, 2013, p 190). E acrescentam:

Sem demérito de reconhecer que a teoria dos direitos da personalidade tenha sido construída a partir de uma concepção antropocêntrica do direito, consideramos inadmissível a posição que limita a possibilidade de sua aplicação à pessoa natural (2013, p 191).

Importante, ainda, destacar algumas características desses direitos, que os definem como tal. O primeiro aspecto relevante dos direitos da personalidade é o seu caráter **absoluto**, tendo em vista que possuem caráter geral diante da sua eficácia erga omnes. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p 183), esses direitos são impostos à coletividade, que tem o dever de respeitá-los, sendo este um dever geral de abstenção.

Neste mesmo sentido entende Francisco Amaral (2003, p 157), acrescentando que os direitos da personalidade “permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, exemplificadamente, com o direito à saúde, ao trabalho, à educação e à cultura, à segurança e ao ambiente”. Assim, dão cunho relativo a esses direitos.

De outro lado, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p 193) rebatem esse entendimento afirmando que esta é uma “premissa equivocada, ao considerar os mencionados direitos como da personalidade, o que nos parece um exagero, por se tratar, em verdade, de liberdades públicas que transcendem ao âmbito individual”.

Uma segunda característica desses direitos é a **generalidade** ou caráter necessário, o que implica em ser outorgado a todos, apenas pelo fato de se tratarem de seres humanos. Ademais, os direitos da personalidade são **extrapatrimoniais**, posto que não possuem valor pecuniário direto. No entanto, é preciso ter em mente que isso não impede que haja aparição de alguns desses direitos no comércio jurídico, o que ocorre, notadamente, através dos danos morais e materiais.

Os direitos personalíssimos são, ainda, **indisponíveis**, de modo que, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p 194), “significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, o que faz com que os direitos da personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentre os direitos privados”. Essa característica está consubstanciada no próprio Código Civil vigente, no seu art. 11, veja-se:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Neste ponto, é válido ressaltar que a indisponibilidade abarca tanto a irrenunciabilidade, que dispõe que os titulares dos direitos da personalidade não podem alienar ou renunciar aos seus direitos, como a intransmissibilidade, tendo em vista a impossibilidade de haver cessão de direito entre sujeitos.

Acrescente-se, ainda, o entendimento de que há exceção a essa indisponibilidade, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, ocasionando na edição do Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil, que diz:

O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

A **impenhorabilidade** é uma peculiaridade desses direitos, decorrendo da indisponibilidade, de modo que os referidos direitos não podem ser objeto de penhora. Nas palavras de Flávio Tartuce

(2010, p 183) “tais direitos não podem sofrer constrição judicial, visando à satisfação de uma dívida, seja ela de qualquer natureza”.

Outra característica dos direitos ora analisados é a **imprescritibilidade**, a qual indica a inexistência de qualquer prazo para que este direito seja exercido. Assim, ela “impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p 183). Deste modo, em que pese a não utilização dos direitos personalíssimos, ele não é perdido.

Por fim, tem-se a **vitaliciedade**, de modo que esses direitos, justamente por serem inerentes a pessoa, a acompanham por toda a sua existência, desde a sua concepção. No entanto, é válido ressaltar a possibilidade desses direitos atingirem os falecidos, como no tocante a sua honra, sendo possível que os parentes em linha reta ou colateral até quarto grau pleiteiem por perdas e danos, conforme art. 12 do Código Civil Brasileiro.

Dito isso, percebe-se a relevância dos direitos da personalidade para o indivíduo e a importância de preservá-los em todas as suas formas possíveis. Neste sentido, passa-se à análise do direito à intimidade no âmbito genético.

### 3.2 Direito à intimidade genética.

O direito à intimidade é uma das vertentes dos direitos da personalidade, sendo uma manifestação do direito à privacidade, inserido na categoria de direitos que protegem a integridade psíquica dos indivíduos.

Diante da sua grandiosidade, a Constituição Federal, no seu art. 5, X evidencia a sua importância e garante a sua proteção como direito fundamental.

Outrossim, o Código Civil de 2002, destinando um capítulo específico aos direitos da personalidade, demonstra a sua preocupação com o referido direito, em regra que segue transcrita:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Da leitura das normas, torna-se possível a compreensão de que a intimidade é um direito extremamente relevante para a sociedade brasileira, interferindo no ordenamento pátrio, de forma que o que se quer garantir é o exercício do direito de cada um em estar só. Na verdade,

O que se pretende é a preservação da intimidade, ou, quando menos, do segredo, como a mais recolhida e restrita esfera do recato. Enfim, o objetivo último da tutela é assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade, no recesso da intimidade, para que se possa fruí-la sem temores, sem apreensões de que venha a ser surpreendida em posturas quíça inconvenientes, ou em atitudes comprometedoras

do prestígio social de que desfrute. Nesse sentido, ambos os conceitos, intimidade e prestígio social, não se repelem, mas interligam-se e complementam-se (COSTA JUNIOR, 1995, p 98/99).

No entanto, hoje em dia, esse direito vem sendo cada vez mais atacado, principalmente por conta dos diversos avanços tecnológicos, sejam eles em virtude da melhoria da qualidade de máquinas fotográficas, por proporcionar a execução de abusos na internet ou, até mesmo, pelos avanços na biomedicina.

Em que pese a extrema relevância do direito à intimidade, em especial diante dos diversos avanços tecnológicos, o direito à intimidade não é absoluto, de modo que lhe são imputados uma margem de sua proteção diante do fato de se viver em sociedade e da necessidade em respeitar os direitos dos demais.

No entanto, é preciso estar atento que há uma redução, mas não a exclusão desse direito. Como visto no tópico destinado aos direitos fundamentais, verificou-se a ponderação de direitos, também empregada quando se trata do direito à intimidade. Deste modo, há uma readaptação desse direito, tendo em vista a existência de direitos de outrem, os quais também merecem ser tutelados.

Importante salientar a grande preocupação no que diz respeito ao exercício do direito à intimidade na relação empregatícia, isto porque, é clara a desigualdade na ligação entre o empregador e o empregado. Desta forma, visando proteger os direitos do empregado, polo mais fraco desse elo, a legislação trabalhista enaltece o cuidado com o mesmo.

Isto porque o empregado deve seguir as orientações determinadas pelo seu empregador, as quais devem respeitar a legislação pertinente (GARCIA, 2011, p 63). Em outras palavras, a subordinação é o dever de obediência do empregado pelas ordens dadas pelo seu empregador, decorrentes da relação de emprego formado entre as partes através da celebração do contrato.

O poder diretivo constitui uma das facetas do poder empregatício, extremamente debatido em virtude da diversidade de casos de sua utilização em detrimento da concretização dos direitos fundamentais dos empregados. O empregador detém o poder de comando perante os seus empregados como consequência da alteridade, uma das características da relação de emprego, analisada no tópico anterior.

Sabe-se que o poder diretivo é aquele no qual o empregador opera o comando e determina obrigações no seu estabelecimento, sempre subordinado à lei (SANTANA, 2011, p 26), de modo que, quando não cumprido, o empregado pode sofrer punições, como a suspensão por 30 dias, no máximo, além de advertências.



No entanto, este poder não é ilimitado pois, como dito, é preciso que esteja em conformidade com a lei, de modo que caso isso não seja respeitado, o empregado não é obrigado a obedecer, não caracterizando ato de insubordinação ou indisciplina, como se observa da leitura do art. 482, h da CLT, o qual traz as hipóteses de rescisão por falta grave do empregado.

Desta forma, compreende-se que, em que pese a grande força do poder empregatício, notadamente através do poder diretivo, daquele que expõe normas de conduta dentro do estabelecimento empresarial, é válido ressaltar que há limites nessa atuação. Ademais, quando esses limites não são cumpridos, torna-se provável a constatação de falta grave cometida pelo empregador, previstas no art. 483 da CLT, de modo que fica a critério do empregado romper a relação trabalhista, sem qualquer ônus a si impostos.

Evidencia-se, portanto, que o poder diretivo empregatício não é absoluto, sendo possível concluir, ainda, que os direitos fundamentais, dentre eles o direito personalíssimo da intimidade, são barreiras à atuação do empregador.

Ultrapassados os aspectos iniciais acerca do direito à intimidade na relação empregatícia, faz-se necessário a sua análise no que concerne ao desrespeito dessa intimidade no campo genético. Isto porque, como verificado no primeiro capítulo deste trabalho, os avanços genéticos possibilitaram novas formas de controle adotadas por empresas (NASCIMENTO, 2011, p 697), e assim, novas formas de violação à intimidade genética dos trabalhadores.

Tornou-se possível, então, a obtenção de informações genéticas na relação de emprego, o que acarretou em violação à esfera íntima do indivíduo e em consequente discriminação ao mesmo, indo de encontro ao conteúdo de diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos no seu art. 6º, veja-se:

Ninguém poderá ser objeto de discriminações fundadas em suas características genéticas, cujo objeto ou efeito seria atentar contra seus direitos humanos e liberdades fundamentais e o reconhecimento de sua dignidade.

Neste mesmo sentido, o art. 7º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, o qual verifica que

Dever-se-ia fazer todo o possível para garantir que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos não se utilizem com fins que discriminem - tendo como consequência a violação dos direitos humanos, das liberdades fundamentais ou da dignidade humana de uma pessoa - ou que provoquem a estigmatização de uma pessoa, uma família, um grupo ou comunidade.

É justamente por se tratar de uma questão tão íntima e delicada que a preocupação com esse tipo de invasão e discriminação se torna ainda mais justificável. Assim, tendo a genética se desenvolvido ao

ponto de mapear genoma do ser humano, torna-se viável o conhecimento das doenças mais prováveis de se manifestarem em cada ser humano, dificultando imensamente o seu ingresso nas relações de trabalho.

Outrossim, em que pese a lacuna legislativa no ordenamento brasileiro no que diz respeito ao direito à intimidade genética, a Constituição Federal, no seu art. 3º, IV veda qualquer tipo de preconceito, podendo ser incluído aqui a discriminação genética, sendo este um dos objetivos fundamentais da República. Veja-se:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nota-se, efetivamente, a relevância da violação à intimidade genética, tendo em vista que causa dano irreparável ao empregado, o qual tem o seu anseio ao novo emprego desapontado por conta de prática inadequada e desproporcional por parte do empregador. Ademais, a referida atitude por parte do empregador prejudica profundamente o empregado e dificulta que o mesmo encontre novos postos de trabalho.

#### **4. A BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**

A boa-fé é um instituto extremamente relevante para as relações travadas entre as pessoas, de modo que incide também no âmbito trabalhista. Através dela, tem-se uma forma ideal de se desenvolver o liame entre as partes, além de servir como uma diretriz ao magistrado no momento em que atua a procura da solução do caso que lhe é apresentado.

Inicialmente, antes de adentrar ao mérito da boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais, faz-se necessário analisar a boa-fé no seus dois aspectos: subjetivo e objetivo. No que concerne a boa-fé subjetiva, presente no Código Civil Brasileiro de 1916, sendo reafirmado pelo Código Civil vigente, notadamente nos arts. 1.201, 1.214 e 1.219, é preciso ter em mente que ela não se trata propriamente de um princípio, mas sim de um estado psicológico em que se encontra o contratante.

Neste ponto, há um vício na relação travada entre as partes o qual é ignorado pelo indivíduo, simplesmente pelo fato de não ter ciência de alguma particularidade do caso em questão. Desse modo, compreende-se que a boa-fé subjetiva se relaciona intimamente com a noção psicológica do contratante quando formado o vínculo contratual.

Já a boa-fé objetiva é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002, sendo uma cláusula geral das relações recíprocas, uma regra de conduta norteadora. Válida a leitura do entendimento de Caio Mário a respeito:

O princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade. Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso (2003, p 23).

Trata-se, em verdade, de um princípio jurídico consagrado, uma regra de comportamento que deve ser adotada pelos contratantes, visando a efetivação do quanto estipulado, evidenciando a eticidade por cada um dos participantes da relação. Ademais, “a boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundado na confiança, colaboração, honestidade, lealdade” (RIOS, p 3).

É através da boa-fé que se torna possível modelar esses interesses privados, tendo em vista que “a boa-fé funciona como limitador da autonomia da vontade, adequando a declaração volitiva a limites éticos e resguardando o equilíbrio contratual” (ARAUJO, 1996, p 32).

Essa preocupação com o outro deve se dar justamente na intenção de efetivar as relações contratuais através da consumação do interesse maior da boa-fé objetiva, permitindo segurança nas relações contratuais, bem como garantindo a harmonização entre os membros da sociedade.

Conclui-se, portanto, a importância desse princípio para os acordos celebrados e a valoração da sua consumação, de modo a tornar viável a realização desses pactos, dando aos contratantes a mínima segurança de que o mesmo correrá de forma correta e adequada, sem prejuízo imprevisível para qualquer das partes.

#### 4.1 Boa-fé pré-contratual

Ultrapassadas as funções da boa-fé, merece atenção matéria de relevância do presente trabalho, que diz respeito ao momento em que a boa-fé deve se fazer presente nas relações contratuais. Neste ponto, é preciso compreender que essa forma adequada de comportamento entre aqueles que estão pactuando entre si deve ocorrer desde antes da formação contratual propriamente dita, até depois de celebrada a avença entre as partes.

Isso porque, tanto os momentos pré e pós contratuais são de extrema importância para a celebração devida e correto desenvolvimento do pacto efetuado. Deste modo, é preciso preservar as partes de quaisquer atitudes que estejam em desconformidade com a boa-fé objetiva.

Neste sentido está o entendimento de Francisco Rossal de Araújo (1996, p 28) que segue transcrito:

A boa-fé atua em vários estágios do vínculo obrigacional. Afasta-se, desde já, a noção de que o vínculo obrigacional é estático, consistindo em um momento solene de conjugação da declaração de vontades das partes com um determinado objeto. O princípio da boa-fé atua em todo o aspecto do vínculo contratual, que é composto por uma série de obrigações.

Desse modo, notadamente na fase pré-contratual, muitas vezes é possível verificar que uma das partes agiu indevidamente, não aplicando o princípio da cooperação com o seu contratante, o que não está em conformidade com o melhor direito. Nesses casos, torna-se notório o abuso de direito por um dos contratantes, sendo necessário a reparação do dano causado.

Sobre o assunto, segue o entendimento de Judith Martins-Costa (2000, p 494):

Ao se examinar a hipótese do recesso das tratativas, de forma contrária à boa-fé, um ponto, pelo menos, deve de início ser bem firmado: a reprovação decorre não do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter-se concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, a expectativa, legítima, de que o contrato seria concluído.

Necessário ressaltar que essa situação abarca todas as uniões negociais, notadamente aquelas de cunho trabalhista, momento em que as partes ainda estão analisando a validade e interesse em formar aquele contrato.

Neste sentido,

O empregador tem a obrigação de respeitar, durante o processo seletivo, os direitos de personalidade do empregado, direitos estes natos da pessoa, que protegem a integridade física, moral e intelectual. Os direitos de personalidade resguardam a dignidade da pessoa humana (RIOS).

Isto porque, o candidato a ocupar o cargo de emprego não deve estar em posição de um mero prestador de serviço, um objeto que ajudará o empregador a alcançar os seus objetivos e desenvolver o seu produto de trabalho. Pelo contrário, deve ser analisado como um ser que compõe a sociedade, o qual deve ser protegido e assim, garantir a segurança jurídica. E é justamente neste ponto que incide o princípio da boa-fé.

Deste modo, nas relações trabalhistas ainda em formação, faz-se necessária a preocupação com o que ocorre antes da constituição do elo entre as partes, devendo ser observados alguns pontos específicos para a tentativa de efetivação do devido progresso na relação que pretende ser formada.

#### 4.2 Deveres jurídicos anexos

Além das funções e reflexos da boa-fé objetiva já analisados neste tópico, esse princípio possui ainda, diante da sua incumbência criadora, deveres anexos de conduta, que são resultados intrínsecos da sua própria ideologia.

Essa função anexa da boa-fé visa a adoção de comportamentos corretos pelo contratante, que deve ir além do básico e se preocupar com outras questões que podem influenciar o progresso da relação estabelecida.

O primeiro deles é o da **lealdade recíproca** e dizem respeito à base da aplicação da boa-fé objetiva em qualquer contrato, devendo, necessariamente, estar inseridos na relação formada entre as partes, ainda que implicitamente.

Assim sendo, o dever da lealdade é aquele em que as partes devem adotar uma posição digna perante o seu parceiro contratual, agindo corretamente com ele, sendo claro e explícito a todo momento. Em outras palavras, “os futuros contratantes devem se portar de forma honesta e prudente, até porque é corolário do dever de lealdade a confiança estabelecida pelas negociações” (LEONE, 2007, p 51)

No que concerne aos deveres de **cooperação**, também denominado de assistência, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p 172), eles “impõem às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio jurídico ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignado”.

Em outras palavras, são as atitudes que devem ser formadas pelas partes contratantes, em apoio entre si, a fim de que o pacto entre as mesmas se efetive, e que este se dê da forma que melhor beneficie a todos.

A respeito do dever de **informação**, compreende-se que cabe ao contratante cientificar a outra parte a respeito de circunstâncias relevantes para a formação do contrato que se pretende firmar, estando esse ato vinculado ao dever de lealdade já analisado. Em outras palavras, “é o dever de todos prestarem os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato” (RIOS, p 4).

A aplicação deste dever anexo de conduta no Direito do Trabalho, notadamente na fase pré-contratual, pode se dar de algumas formas, principalmente através de questionamentos realizados pelo empregador a respeito dos interesses e aptidões ao candidato ao emprego. Assim,

É lícito, ao empregador, exigir informações profissionais do empregado, aptidões, experiências, disponibilidade de horário, como também, o número de filhos (para pagamento do salário família), local onde reside (para o vale-transporte), ou seja, informações relacionadas exclusivamente ao emprego postulado. Se o empregado deixa de prestar estas informações ou as omite propositadamente, descumpre os deveres de cooperação e colaboração decorrentes do princípio da boa-fé (RIOS, p 4).

Interessante abordagem sobre o tema é realizado por Eduardo Baract (2003, p 234), que segue transcrito:

Adaptando a teoria do *dolus bonus*<sup>2</sup> à pré-contratação trabalhista, conclui-se que é perfeitamente possível às partes, nas tratativas preliminares, omitir, exagerar, ou restringir informações, desde que sejam reputadas legítimas no âmbito de determinada categoria profissional, e não causem prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial à contraparte.

O dever de **confidencialidade ou sigilo**, é intrínseco à boa-fé, estando associado aos demais deveres anexos, como o da cooperação. Neste ponto, compreende-se que o mesmo deve estar presente nas relações negociais independentemente da existência de qualquer cláusula ou ajuste oral neste sentido.

Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, “é imperativo lógico da lealdade que deve ser observada entre as contratantes, resguardando direito da personalidade” (2013, p 112).

Isto porque, o dever de manter guardadas as informações que dizem respeito à outrem é o mínimo necessário a dar segurança jurídica às partes e propiciar a formação de novos contratos, não apenas entre eles.

Deste modo, e adentrando no campo do Direito do Trabalho, compreende-se que esse dever “decorre do dever de informação. A parte que obteve uma informação relativa à contraparte, durante as tratativas preliminares, deve ter cuidado de não divulgá-la a terceiro ou ao público” (RIOS, p 5).

Justamente por isso que Alice Monteiro de Barros defende que a empresa deve se desfazer das informações obtidas do candidato não contratado ao cargo, em que pese a inexistência de qualquer norma neste sentido.

Analisados, portanto, os deveres jurídicos anexos da boa-fé, os quais devem ser efetivados nas relações negociadas entre as partes, inclusive em âmbito trabalhista, como demonstrado, de modo a garantir uma maior segurança ao desenvolvimento do pacto celebrado, bem como em abrir a possibilidade de novas transações entre as partes contratantes.

## **5. INTIMIDADE GENÉTICA NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL EMPREGATÍCIA**

Como visto incessantemente nesse trabalho, a intimidade de todos deve ser preservada, haja vista a sua importância social e relevância constitucional. Neste ponto, é preciso que o cuidado com esse instituto seja ampliado e efetivado nas mais diversas relações. Aqui, a preocupação se dá, notadamente, no campo trabalhista, principalmente na fase pré-contratual, visando a vedação à discriminação genética.

---

<sup>2</sup> Trata-se de um comportamento tolerável, em que há um exageiro das qualidades e omissões de defeitos, os quais não são graves o suficiente para gerar vício na manifestação de vontade, não prejudicando o receptor da informação.

É preciso ressaltar a vedação a qualquer tipo de discriminação, como se observa no artigo 1º da Convenção no 111 da OIT:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.

Deste modo, verifica-se ser totalmente incabível qualquer tipo de discriminação no tocante às relações trabalhistas, posto que interfere e viola diretamente a intimidade do indivíduo, notadamente no que concerne à discriminação genética.

A discriminação no campo genético ora analisado se dá, como observado, quando o empregador deixa de contratar o empregado em virtude das informações que este carrega em seu material genético, podendo conter doenças que o empregador considere que tornam o indivíduo “imperfeito” e não o queira para integrar a sua equipe.

Ocorre que não se pode aceitar atitudes como essas, de modo que as empresas criariam uma espécie de lista negra de empregos, o que vai totalmente de encontro ao próprio instituto do exame admissional, o qual visa analisar a capacidade do indivíduo, física e psicologicamente, para desempenhar as funções a ele determinadas.

Assim sendo, verifica-se a total impossibilidade dos empregadores invadirem a intimidade genética do empregado a fim de analisar as suas informações genéticas para verificar o seu genoma humano, o qual trata-se de uma mera expectativa, podendo não se relacionar em nada com a atividade para a qual seria contratado.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho se dedicou a analisar, detalhadamente, questões atinentes à proteção do direito à intimidade genética do trabalhador, notadamente no momento em que antecede a sua contratação.

Isso se dá em virtude de todos os avanços genéticos proporcionados pela tecnologia, principalmente a Biotecnologia, neste caso. Assim, através de diversas propostas de estudo, em cenário nacional e internacional, como o Projeto Genoma Humano, tornou-se possível identificar os genes que cada indivíduo carrega em seu material genético, permitindo reconhecer prováveis doenças que o afetariam.

Diante dessa realidade, muitas empresas, quando da contratação de novos empregados, passaram a obter informações genéticas dos mesmos, e a não contrata-los quando elas não estavam em conformidade com o seu interesse. Evidente, portanto, a discriminação genética quando o trabalhador deixava de ser contratado, única e exclusivamente, por conta do seu material genético.

Verificada essa situação, este trabalho passou a analisa-la sob alguns aspectos relevantes. Inicialmente, levou-se em consideração o direito do indivíduo em não ter o seu material genético obtido, tampouco divulgado por empresas, o que poderia lhe prejudicar imensamente quando da aquisição de um novo emprego.

Para isso, analisou-se tanto os direitos fundamentais de todos os indivíduos, caracterizando-os em cada momento e evidenciando a sua transformação ao longo dos anos, bem como verificou-se os direitos da personalidade, dentre eles o direito da intimidade. Neste ponto, este trabalho adentrou na seara trabalhista, expondo a aplicação e verificação dessa proteção constitucional nas relações empregatícias.

Ademais, o trabalho se dedicou a analisar o emprego da boa-fé das relações, posto que a mesma direciona a forma de atuação dos pactuantes, visando verificar a legalidade dessas atitudes por parte do empregador. Assim, analisou a boa-fé objetiva nas relações trabalhistas, notadamente o devido respeito à mesma e a sua realização antes de formalizar a relação de emprego entre os contratantes.

Outrossim, este trabalho se dedicou, ainda, em conferir como a relação pré-contratual trabalhista deve ocorrer, destacando-se os dados que podem ser exigidos pelo empregador no momento em que antecede a contratação. Isso se deu em virtude da preocupação em saber se poderia ou não o empregador exigir informações genéticas detalhadas do trabalhador candidato ao cargo de emprego.

Neste ponto, observou-se o direito à intimidade do empregado, o qual não poderia ser discriminado por conta dos dados genéticos que carrega, haja vista tratar-se de meras probabilidades, as quais poderiam não vir a se concretizar jamais.

No entanto, um ponto de extrema relevância se dá através da constatação da denominada discriminação legítima, a qual ocorre quando o empregador age discriminando, verdadeiramente, o empregado. Porém, a sua atuação acontece em proteção ao empregado, posto que o trabalho que por ele viria a ser desencadeado no emprego almejado iria influenciar, direta e demasiadamente, a manifestação da doença constante no seu material genético.

Isto posto, compreende-se que as evoluções da ciência são válidas para o desenvolvimento social, mas elas devem ser utilizadas com cuidado para não gerar situações contrárias ao direito. Assim, no



caso apresentado, conclui-se pela impossibilidade de se atentar contra a intimidade genética do empregado e conseqüente discriminação do mesmo, salvo quando o labor para o qual o trabalhador se candidata influenciar diretamente na manifestação da doença que carrega em seus genes.

## REFERÊNCIAS:

- ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. 1996. Editora LTr.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. 2003. Editora LTr.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11ª ed. 2013. Editora Jus Podium. Salvador.
- COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 2000. Editora Revista dos Tribunais (RT). 1ª ed. 2ª tir. São Paulo.
- Declaração Universal da Unesco sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9ª ed. 2014. Editora Saraiva - São Paulo.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 2011. 3ª ed. Editora método. São Paulo.
- LEONE, Luciana Trindade Almeida. **Responsabilidade civil na fase pré-contratual trabalhista**. 2007. 112 f. Monografia. Curso de Graduação em Direito da UNIFACS.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2006. **Curso de Direito do Trabalho**. 21ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva.
- RIOS, Silvia Carine Tramontin. A invasão ao direito à intimidade e a vida privada do trabalhador na fase pré-contratual. 2011. Revista 67 nº 2 do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.
- SANTANA, Juliene Maria Santos. **O direito fundamental à intimidade no ambiente de trabalho**. 2011. 75 f. Monografia (Pós-Graduação). Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho. Podium. 2011.
- STOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Parte Geral**. 15ª ed. Salvador. 2013.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 6ª ed. 2010. Editora método. São Paulo.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. Volume 1. 4ª edição. 2004. São paulo. Editora Atlas.