

TESTES GENÉTICOS, AIDS E O DIREITO À INTIMIDADE DO CANDIDATO A UM EMPREGO

José Adérico Leite Sampaio
Doutor em Direito

O poder de direção, sob uma visão clássica, confere ao seu titular um “direito” de escolha de seus empregados. A feição institucional, ou pelo menos social, que adquiriu o conceito de empresa nos últimos tempos fez, todavia, com que uma tal perspectiva sofresse atenuações, através da adoção de critérios objetivos e não discriminatórios de seleção de candidatos a um emprego.

Imagina-se que tais critérios, formulados em inúmeros testes, especialmente assentados em premissas biológicas, possibilitem a escolha do candidato mais apto ao cargo em concorrência, sem que haja prejuízo de seus direitos fundamentais, com destaque, pela maior proximidade com o tema, ao respeito do princípio isonômico e do direito à intimidade. Essa presunção, contudo, nem sempre se tem mostrado satisfatória na prática.

Examinaremos alguns desses testes e a solução dada por alguns países aos problemas levantados na fronteira da eficiência técnica de seus resultados com a garantia do respeito à intimidade, ao final de uma árdua equação entre os direitos em jogo: o do chefe da empresa e o do candidato à sua subordinação.

1 A SOLUÇÃO NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos duas teorias têm forçado os empregadores a escolherem bem seus empregados: a teoria da contratação ou retenção negligente de trabalhadores e a “*doctrine of respondeat superior*”.¹

De acordo com a primeira, o chefe da empresa pode vir a ser responsabilizado pela manutenção ou contratação de um empregado que sabia ou devia saber incapaz, incompetente ou inabilitado para a função, e que exatamente por essas faltas tenha provocado dano a alguém.

Em *Kendall v. Gore Properties*,² por exemplo, um senhorio foi responsabilizado, pecuniariamente, pela morte de sua locatária, em decorrência de ter contratado uma pessoa para pintar o apartamento onde esta morava, sem se preocupar com suas referências anteriores. O seu descaso permitiu que um psicopata, como depois ficou provado, fosse contratado e assassinasse friamente a inquilina. Os juízes entenderam que um cidadão inocente teria o direito de ser protegido contra empregados perigosos, negligentemente contratados ou mantidos pelo empregador. Do mesmo modo, em *Wilson N. Tones Memorial Hospital v. Davis*,³ um hospital foi responsabilizado por danos causados a saúde de um de seus pacientes, por imperícia de uma de suas enfermeiras. O hospital não tivera o cuidado de verificar registros anteriores sobre ela. Se o tivesse feito, descobriria que fora processada por falsificar um certificado de treinamento na *Nany Medical Corps School*.⁴

A segunda também imputa ao empregador a responsabilidade por ato de seus empregados. O *Blak's Law Dictionary* assim define essa doutrina: “[a] master is responsible for want of care on [his] servant's part toward those to whom [the] master owes [a] duty of care, provided failure of [the] servant to use such care occurred in the course of his employment”.⁵ Essa teoria tem servido como alternativa à anterior, notadamente em casos en-

1 BIBLE. *When Employers Look for Things other than Drugs: The legality of AIDS, Genetic, Intelligence, and Honesty Testing in the Workplace*, pp. 195-196.

2 236 F.2d 673 (D.C. Cir. 1956).

3 553 S.W. 2d. 180 (tex.Civ. App. – Waco 1977).

4 Também em *Williams v. Steves Ind., Inc.* 699 SW 2d. 570 (Tex. 1985).

5 BLACK'S LAW DICTIONARY, p. 1179.

volvendo reparação de danos causados por empregados com histórico clínico, profissional ou com propensões ao uso de certos medicamentos ou drogas que possam indicar uma capacidade de trabalho reduzida, de que sabia ou devia saber o empregador.⁶

Esse intróito sobre situação do empregador nos EUA procura servir de reflexão sobre os pontos e contra-pontos que faremos de agora em diante sobre os testes de seleção e a intimidade, afugentando – ou procurando afugentar – qualquer possibilidade de transplante de modelos descontextualizados.

1.b Testes Genéticos

Estima-se que, no núcleo das células humanas, existem cerca de cem mil transmissores hereditários, conhecidos como genes. Através de uma codificação tripartite, que envolve complexas interações e comunicações núcleo-citoplasmáticas, esses genes comandam a estrutura e o funcionamento de cada célula e, de modo sistêmico, de todo o corpo humano. Descobertas recentes indicam que um simples gen deletério pode acarretar sérias doenças ou deformidades físicas.⁷

Os cientistas já conseguiram identificar vários desses genes associados com doenças hereditárias, como a retinoblastoma, hemofilia, diabetes e vários tipos de anemia, de modo singular ou através de interrelações entre vários deles.⁸

O próprio comportamento, de acordo com sustentada corrente, acha-se estreitamente relacionado com fatores hereditários. Um estudo realizado nos Estados Unidos, por exemplo, demonstrou que 68% dos portadores de um determinado gen eram alcoólatras, indicando uma relação mais que estreita entre o comportamento desenvolvido e a disposição de sua carga hereditária.⁹ Também se mencionem as ligações existentes entre determinado genótipo e o aparecimento de certas doenças mentais ou mesmo de desvios de personalidade.¹⁰

6 BIBLE, ob. cit., p. 197.

7 ZEITZ. *Employer Genetic Testing: A Legitimate Screening Device or Another Method of Discriminatio*, p. 231.

8 CAREY et alli. *The Genetic Age*, pp. 70-71.

9 ZEITZ, ob. cit., loc. cit.

10 BIBLE, ob. cit., loc. cit.

Essas descobertas e inferências serviram de base ao desenvolvimento de vários testes, com objetivo de mapearem a existência de gen ou genes associados com certos tipos de doenças ou comportamentos, e, assim, prognosticar a maior ou menor suscetibilidade de seu desencadeamento.

Há dois tipos desses testes:¹¹ (a) **o citogenético**: que envolve testes com o intuito de verificar se os cromossomos são afetados por exposição à radiação ou a substâncias químicas tóxicas. Cite-se o conhecido HLA (Human Leucocyte Antigen) e (b) **o exame do DNA**: operado a nível da molécula do Ácido-Desoxirribonucléico, de modo a identificar gens deletérios ou associados a determinados distúrbios.

Para o empregador, tais testes se mostram úteis para melhor seleção de seu pessoal, por propiciarem:

- a redução das possibilidades de os empregados desenvolverem doenças hereditárias, por simples desencadeamento do processo nosológico ou por ação de substâncias existentes no local de trabalho;¹²
- a diminuição dos custos dos prêmios do “seguro-saúde” e ou de manutenção de uma política de saúde na empresa;¹³
- a prevenção de futuros – e freqüentes – ausências ao trabalho e
- a minimização dos riscos de enquadramento nas leis de proteção aos deficientes.

Inúmeras críticas, contudo, são anotadas contra essa prática: sua análise se faz de maneira retrospectiva, só refletindo efeitos passados, lançando sobre o futuro apenas uma maior ou menor probabilidade de desenvolvimento das alterações preconizadas, não podendo prever com certeza quando, se e em que grau os distúrbios ocorrerão, o que faz deles mais experiências futuristas.¹⁴ No mesmo passo, como existem certas doenças hereditárias associadas a grupos ou raças humanas, o uso desses testes pode mascarar uma atitude discriminatória por parte do empregador.¹⁵

11 Idem, p. 207.

12 Idem, p. 206.

13 ZEITZ, ob. cit., p. 230.

No plano jurídico, os candidatos poderão utilizar um dos seguintes instrumentos de defesa de seus interesses:

(a) **por violação do Título VII do Civil Rights Act de 1964 e do Civil Rights Act de 1991:** baseando-se na discriminação por raça, sexo, religião, nacionalidade ou etnia, revela: (1) no “*individual disparate treatment*” – para tanto, deverá o candidato demonstrar que é membro de um grupo protegido e que possuía qualificações para determinado emprego ao qual pleiteava, tendo sido preterido, em decorrência de uma predisposição hereditária que, no fundo, mascarava uma ação discriminatória, máxime se permanecer vago o cargo pretendido.¹⁶ Essa teoria não protege o candidato que não obteve êxito em seu intento em razão do resultado do teste genético, mas só e tão-somente, se tal teste apenas serviu de pretexto para discriminar determinados grupos ou, como chamam os americanos, “*protected class*”;¹⁷ (2) no “*systemic disparate treatment*” – aqui a discriminação se faz às claras, através ou da seleção de membros ou de um particular grupo ou classe de pessoas para fazer um determinado tipo de teste, associado ao mapeamento de problemas hereditários mais freqüentemente detectados naquele grupo¹⁸ ou mediante a exclusão prévia de todos os membros um certo grupo, por serem portador de um particular traço genético.¹⁹ (s) no “*disparate impact*” – o candidato deverá demonstrar que o resultado do teste implicou rejeição, percentualmente maior, de membros de um específico grupo social. Não basta o simples desequilíbrio estatístico, porventura, existente na força de trabalho.²⁰ Exige-se que fique provado que a prática do empregador levou a uma discriminação no alto índice de reprovação de

14 BIBLE. ob. cit., loc. cit.

15 ZEITZ. ob. cit., p. 231.

16 *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 US Sct 792, 802, 1973.

17 CANTER. *Employment Discrimination Implications of Genetic Screening in the Workplace under Title VII and the Rehabilitation Act.*, p. 330.

18 Por exemplo, a realização de testes só em negros para verificar a existência de propensão a hipercolestermina, doença mais freqüentes entre os negros.

19 CANTER. ob. cit., loc. cit.

20 *Words Cove*, 109 S.Ct. p. 2124. Ver também ROBINSON *et alli*. *Equal Employment Requirements for Employers: a Closer Review of Effects of civil Rights Act of 1991*, pp. 726 e segs.

um determinado grupo de pessoas.²¹ O parágrafo 703 da lei de 1991, acompanhando a construção jurisprudencial, notadamente da suprema Corte,²² passou a exigir provas mais contundentes para a configuração do ato discriminatório sob essa modalidade. O simples desnível estatístico, antes adotado como critério por aquela Corte, só servirá de prova se o processo seletivo for considerado ambíguo ou “*overly cumbersome*”.²³ As defesas do empregador se alinham, no primeiro caso, no sentido de provar que o teste realizado era necessário para detectar pessoas mais suscetíveis a doenças provocadas ou desencadeadas por fatores ambientais. No segundo caso, procura-se provar que o critério fora adotado para todos os candidatos, embora pudesse discriminar pessoas por razão de seu sexo, nacionalidade, religião ou etnia (mas não de raça), e que constituía urna “*bona fide occupational qualification – BFOQ*” razoavelmente necessária ao normal desenvolvimento de seus negócios, conforme expressamente previsto pelo título VII.²⁴ Por último, os empregadores procuram convencer os juízes de que o interesse dos negócios era suficientemente superior a qualquer efeito discriminatório que pudesse decorrer da prática seletiva e que essa prática era a menos drástica relativamente àqueles efeitos.²⁵

(b) Por violação da Rehabilitation Act de 1973 – Essa lei procura proteger pessoas deficientes²⁶ contra discriminação, sem qualquer referência ao fato de ser membro de um grupo constitucionalmente protegido. A maior limitação, nesse caso, relativamente ao Título VII, decorre do fato de só

21 Idem.

22 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424, p. 3, 1971; *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 US 405, p. 9, 1975 e *Connecticut v. Teal*, 467 US 440, 1982.

23 ROBINSON *et. alli.* ob. cit., p. 727.

24 Case Griggs, pp. 430-432.

25 ZEITZ, ob. cit., p. 233 e ROBINSON *et alli.* ob. cit., p. 727. Também se tem sustentado como defesa erro nos números estatísticos (*Watson v. Fort Worth Bank and Trust*, *Castaneda v. Partida*, 108 S.Ct. 2777, pp. 2788-2788, 1988 e 430 US 482, 1977, respectivamente) ou comparação irrelevante com o mercado de trabalho (*Hazelwood School School District v. U.S.*, 433 US 299, 1977).

26 De acordo com essa lei, considera-se deficiente: toda pessoa que tenha um problema físico ou mental que limite substancialmente suas atividades, com registro de tal problema ou consideradas como tal (parágrafo 706 (8)(B)) Nessa última hipótese se enquadram os candidatos reprovados nos testes genéticos (Cfe. BIBLE, ob. cit., pp. 205-208, ZEITZ, ob. cit., pp. 231 segs.).

poder ser aplicada aos contratos ou subcontratos realizados com a União.²⁷ O autor deverá provar que, embora deficiente, seria qualificado para o posto, desde que houvesse uma “razoável acomodação” nas condições de trabalho à sua deficiência.²⁸ O empregador se defende argumentando, via de regra, que a deficiência poderá acarretar certos perigos para o próprio deficiente ou para terceiros²⁹ e/ou que o custo da “acomodação” poderá ser alto, não apenas pelas³⁰ medidas a serem tomadas, mas inclusive pela queda de produtividade que poderá ser associada ao desenvolvimento daquela deficiência.³¹

(c) Por Violação do AMERICAN WITH DESABILITIES ACT DE 1990

– A lei tem o mesmo escopo da anterior e a definição de “*disability*” se faz nos mesmos termos de “*handicap*”,³² porém alcança todos, com exceção do governo dos Estados Unidos, tribos indígenas, associações de caridade.³³ A seção 102.b.6 dessa lei considera discriminatório o uso de modelos de qualificação, testes ou critérios de seleção que excluam pessoas com deficiência, a menos que tais processos sejam, provavelmente, relacionados com o emprego e consistentes com as necessidades do serviço.³⁴ De acordo com esse dispositivo, restringem-se os testes de seleção, incluindo os genéticos, que só poderão ocorrer se estritamente necessários à demonstração da capacidade profissional do candidato para o emprego, devendo seus resultados ser confidenciais e não servindo para discriminar deficientes, a menos que tais deficiências se mostrem incompatíveis com as tarefas a serem desempenhadas.³⁵ No caso dos testes genéticos, a rejeição do candidato deverá basear-se em provas contundentes da séria probabilidade de risco à saúde e segurança sua ou de terceiros, sem possibilidade de uma acomodação

27 ZEITZ. ob. cit., p. 234.

28 BIBLE, ob. cit., pp. 207-208. Também ZEITZ, ob. cit., loc. cit.

29 *Rager Fuel Corp. v. W. Va. Human Rights Comm.*, 376 SE 2d. 154, 160 (W. Va. 1988).

30 Modificação de esquemas de trabalho, aquisição e modificação de equipamentos, etc.

31 ZEITZ, ob. cit., pp. 234-235.

32 Vide nota 36. Identicamente as “deficiências genéticas” são consideradas sob a terceira forma, “as regarded as having such an impairment”, cfe. ZEITZ, ob. cit., pp. 235-236.

33 Parágrafo 101(5).

34 Parágrafo 102(b)(6).

35 ZEITZ. ob. cit., p. 237.

razoável que o remova. A “*House Comitee*”, do Congresso Americano, apresentou três importantes pontos a serem considerados ainda: primeiro – que a “séria probabilidade” seja baseada em análises médicas válidas. Segundo – que passam tais análises serem desafiadas por médicos indicados pelo candidato, e por último, que a decisão sobre o melhor candidato ao emprego não seja baseada numa visão paternalista sobre o que seja o “melhor” para uma pessoa deficiente.

Como vemos, não se proíbem, nos EUA, os testes genéticos por violarem a intimidade do indivíduo. Sua admissão parece, antes, negar qualquer incursão no âmbito da “*privacy*”, apenas sendo condenável se vier a se constituir numa medida discriminatória, o que se nos afigura pouco razoável diante das potencialidades da “*privacy*”, tal como elaborada pela jurisprudência daquele País.

1.b Teste de aids

A Síndrome da Imuno-deficiência adquirida – SIDA, abreviatura mais exata para o português do equivalente inglês AIDS, tem se transformado no final deste século em um dos temas mais graves e preocupantes em todo o mundo. Em um levantamento feito em 1986, indicava-se que em mais de 2 milhões de pessoas, os testes de identificação do vírus causador da doença teriam apresentado resultado positivo; e o que era mais drástico, especialmente sobre a força de trabalho: a maioria em idade entre 20 e 50 anos.³⁶

Essa doença, ainda sem cura, é causada por um ataque dos vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) às células linfocitárias, “*T-Helper*”, debilitando as defesas imunológicas do organismo. Em média, os sintomas da doença se manifestam cerca de dois anos depois do contágio, ou com o aparecimento de moléstias provocadas por agentes que, normalmente, não causam distúrbios do organismo humano, mas que se aproveitam da condição debilitada do paciente infectado, daí serem chamados de “oportunistas”, ou sob a forma de uma síndrome relacionada com a AIDS (conhecida do ARC – *AIDS related complex*), envolvendo febre, perda de peso, tosse, diarreia e entumescimento de linfonodos.

36 BIBLE. ob. cit., p. 201.

O contágio, de acordo com as evidências médicas registradas, dá-se por contato com o sangue, sêmen ou através do leite materno contaminados. Destaca-se a possibilidade de transmissão por simples toque, apertos de mão, abraço ou espirro. Embora tenha sido a existência do vírus em outros fluídos corporais, como saliva, urina e secreções cervicais, não há indícios de que haja possibilidade de contágio através desses meios.³⁷

Dois testes têm sido freqüentemente usados para diagnóstico da doença: o ELISA (*Enzyme-Linked Immuno Absorbent Assay*) que revela a presença de anticorpos produzidos contra o HIV e o WBT (*Western Blot Technique*) método mais sofisticado, oneroso e também mais demorado. Geralmente, os empregadores utilizam apenas o primeiro. O uso combinado dos dois métodos eleva a possibilidade e acertos a 99%.³⁸ Ainda assim, tais testes se mostram limitados por serem ineficazes se realizados no período que vai do contágio à produção de anticorpos, e por não poderem identificar as respostas do paciente: assintomático, ARC ou doenças oportunistas, nem quando ocorrerá.

Dois fortes motivos levam os empregadores, nos EUA, a tentarem utilizar testes de AIDS em exames de seleção:

- a) a doutrina da *Common-Law* sobre as relações trabalhistas exige a manutenção da segurança no local de trabalho. O empregador pode (ou preferir) acreditar que, como a doença ainda é pouco conhecida, a presença de um indivíduo no ambiente de trabalho pode provocar um perigo à saúde demais empregados, portanto, infringindo aquele dever:
- b) a edição da "*Occupational Safety and Health Act*" que requer que todo empregador "*furnish(es) to each of his employees employment which are free from recognized hazards that are causing or are likely to cause death or serious physical harm to employees*".³⁹ Essa lei proíbe que o empre-

37 CENTERS FOR DISEASE CONTROL. *Human T-Lymphotropic Virus Type III/Lymphadenopathy-Associated Virus: Agent summary Statement*, pp. 540-549 Apud BIBLE, ob. cit., p. 202.

38 Idem. *Recommendation for Prevention of HIV Transmission in Health-Care Settings*, pp. 13-14 (table 2). Apud BIBLE, ob. cit., loc. cit.

39 29 USC parágrafo 254.

gador adote qualquer medida contrária a empregados que protestem no local de trabalho contra ocorrência de sério risco à sua saúde, o que se torna relevante, se existir tal movimento contrário à admissão de portadores de AIDS.⁴⁰

As Cortes Americanas não têm aprovado a prática de demissão ou não contratação de alguém, pelo simples fato de sofrer de uma doença que possa torná-lo incapaz de, no fundo, executar seus serviços.⁴¹

Em nível legislativo federal, tem-se recorrido, como meio de proteção, o “*Vocational Rehabilitation Act*” de 1973, sob o ângulo da discriminação, desde que:

a) o aidético seja considerado um deficiente,

b) detenha habilitação para o desempenho das funções exigidas para o emprego, mesmo que se exija, para tanto, uma adaptação razoável.⁴²

Argumenta-se, contrariamente a esse entendimento, que existe alto risco para os demais empregados em virtude da natureza contagiosa da doença. Todavia, em 1987, a Suprema Corte dos EUA, no caso *School Board v. Airline*, considerou que mesmo o portador de uma doença transmissível poderia ser amparado pelo ARA. Para tanto, ter-se-ia que avaliar a natureza e a duração do risco de transmissão; e a gravidade dos danos que poderia, com efeito, causar.⁴³

Como tais condições são atendidas pelos portadores da AIDS, em vista da especificidade de seu contágio, os argumentos dos empregadores se mostram irrelevantes.

Em pelo menos quatro Estados,⁴⁴ há leis proibindo ou limitando o uso de teste de AIDS como critério de admissão ou manutenção de um

40 BIBLE. ob. cit., p. 205.

41 Idem, pp. 204-205.

42 A razoabilidade é julgada tendo em conta o tamanho da empresa, o custo da acomodação e o grau de dificuldade apresentada por essa acomodação. V. BIBLE, ob. cit., p. 204.

43 ESTADOS UNIDOS. 107 S.Ct. p. 1130.

44 Califórnia, Flórida, Maine e Wisconsin.

empregado. Em todos, proíbe-se a revelação do resultado de tais testes, sem consentimento do examinado. Em outros Estados, a proteção é mais adelgada: no Hawai, exige-se a anuência do candidato e em Maryland proíbe-se apenas que o empregador pergunte sobre deficiências físicas ou tratamentos a que esteja se submetendo o candidato, que não tenham relação direta com a habilidade exigida para o emprego.⁴⁵ Em muitas cidades, já existem disposições normativas disciplinando o assunto, sempre no sentido de restringir o uso de tais testes.⁴⁶

Nos demais Estados, cidades e distritos se tem buscado proteção, recorrendo-se a leis que proíbem a discriminação, baseada na cor da pele, raça, religião, sexo, nacionalidade, idade ou deficiência (o título VII do “*Civil Rights Act*”, “*Age Discrim in Employment and Rehabilitation Act*”, “*American with Disabilities Act*”, dentre outros.⁴⁷

Constitucionalmente, recorre-se à noção de “*Privacy*”, seja sob a XIV, seja sob a IV Emenda, aqui em relevo a consideração da retirada do sangue para exame como “busca desarrazoada”, como ficou assentado no caso *Schmerber v. Califórnia*.⁴⁸ Para elisão da “expectativa de intimidade” conferida pela constituição, o empregador teria que demonstrar que o seu interesse na realização do teste supera aquela expectativa. A esse respeito, coligimos duas decisões importantes: em *Local 1812 Am. Fed’n of Gov’t Employees v. US Dept. of State*, considerou-se preponderante o interesse governamental;⁴⁹ em *Glover v. Eastern Neb. Community Office of Retardation*, tais testes foram julgados inconstitucionais.⁵⁰

A proteção oferecida pelo “*Right to Privacy*”, como direito fundamental, se mostra, sem embargo, bastante limitada, tendo em vista a sua oponibilidade exclusivamente a empregadores públicos ou a seus delegados.⁵¹

45 Artigo 100, parágrafo 95A(a).

46 BIBLE, ob. cit., p. 203.

47 Idem, p. 204.

48 ESTADOS UNIDOS. 384 US 757 (1966).

49 ESTADOS UNIDOS. 662 F. Supp. 50 (D.D.C., 1987).

50 ESTADOS UNIDOS. 686 F. Supp. 243 (D.Neb. 1988).

51 BIBLE: *Update: Employee Urine Testing and the Fourth Amendment*, pp. 676-677.

2 NA FRANÇA

A França possui um dos sistemas jurídicos de proteção da intimidade mais avançado do mundo. Além do artigo 9º do Código Civil, que garante a todos o direito ao respeito à vida privada, existem duas leis disciplinadoras do tratamento informatizado de dados pessoais, uma geral – a lei de 06.01.78, outra específica para o campo trabalhista, editada em 31.12.92.

Em matéria de recrutamento, encontramos já em 1985 uma Recomendação do “*Commission Nationale de L’informatique et des Libertés – CNIL*”, órgão criado pela lei de 78, relativa à coleta e tratamento de informações pessoais, cujos pontos essenciais são a seguir elucidados:⁵²

- a) obediência ao princípio da pertinência das informações: devem os dados solicitados ser estritamente necessários à seleção e/ou às finalidades do tratamento de dados;
- b) a coleta dos dados sensíveis deve justificada pela natureza do posto, sendo necessário o acordo expresso e por escrito do interessado, em conformidade com o art. 31 da lei de 78 e do art. 6º da Convenção do Conselho da Europa;
- c) deve ser previamente informado aos candidatos, em virtude do art. 27 daquela lei, o caráter obrigatório ou facultativo das respostas, os destinatários das informações e o seu direito ao acesso e retificação, aplicável tanto aos fichários informatizados, quanto aos manuais;
- d) esse direito de acesso gera a obrigação de fornecer aos candidatos, se solicitados, os resultados das análises e testes realizados.

Em vista de tais regras, desdobramentos de uma farta elaboração pretoriana do “direito ao respeito à vida privada”, e do princípio, igualmente consegatório dessa elaboração, segundo o qual o corpo humano é “*le temple de l’intimité de la vie privée*”, inspirador do artigo L.355-21 do Código de Saúde Pública, os juristas daquele país têm visto como atentadora ao res-

52 FRANÇA. *Délibération* número 85-44, de 15 de outubro de 1985, cfe. MOLE. *Informatique et Libertés du Travail: Les Nouveaux Enjeux*, p. 60.

peito da vida privada a admissão dos testes genéticos e soropositivo sem exames de seleção de pessoal.

E.E. RAY nos informa que existem dois projetos de lei em curso no Parlamento a esse respeito: um que expressamente proíbe utilização de testes genéticos fora do âmbito médico ou científico, outro que reconhece a competência da *NIL – Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, para apreciar a pertinência e necessidade de tais testes, e conclui: “*La vague américaine des tests génétiques ne devrait donc pas envahir la France du travail*”.⁵³

3 NO BRASIL

No Brasil, não existe uma lei disciplinando o tema, o que leva a imaginar, em princípio, a plena liberdade de adoção de qualquer meio de recrutamento. Todavia, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do artigo primeiro da Constituição e o inciso X do artigo quinto garante o direito à inviolabilidade da intimidade e vida privada, lançando sobre todo o ordenamento jurídico uma proibição geral de práticas de atentados a tais valores e direitos. O empregador, assim, não poderá usar de meios invasivos da intimidade dos candidatos, a exemplo de questionários, escritos ou por meio de entrevistas, que envolvam perguntas sobre preferências sexuais ou políticas, participação em grupos, clubes ou sociedades, nem tampouco recorrer a métodos como a grafologia ou outra técnica que procure, sob pressupostos científicos duvidosos, avaliar a personalidade do concorrente. Incluem-se aí testes realizados por computadores, a partir de um perfil ideal de um empregado, abstratamente considerado, e o índice de coincidência ou de divergência com esse perfil, apresentado por um candidato submetido ao teste. A efetividade desses direitos dependerá todavia¹ do controle exercido pelo poder público e representantes dos empregados;² do dever de transparência a que deve estar sujeito o empregador;³ de se assegurar ao candidato o direito de saber que critérios “objetivos” foram adotados em sua avaliação;⁴ da possibilidade de conhecimento dos resultados e de sua contestação, se for o caso. Imaginamos, a esse propósito, o

⁵³ RAY. *Nouvelles...*, p. 532.

elastecimento do campo de incidência do *Habeas Data*, que dependeria muito mais de um esforço hermenêutico do que de modificação do teor do inciso LXXII do artigo quinto, pois constitucional, tal como existente, permite, sem artificialismo ou exageros, essa aplicação; e, finalmente,⁵ dependerá da criação de sanções aos empregadores que desrespeitarem tais previsões.

A casuística até hoje registrada no Brasil não oferece muitos elementos para análise e reflexão mais geral sobre o tema. Todavia, já podemos vislumbrar uma tendência firme no sentido de restringir ou mesmo limitar o uso de exames anti-HIV em testes pré-admissionais.

O inciso I do artigo 168 da CLT exige que seja obrigatoriamente realizado, por conta do empregador, exame médico na admissão de um empregado, facultando à autoridade médica pedir exames complementares, com vistas a apuração de sua capacidade ou aptidão física e mental para a função que deverá exercer (parágrafo segundo do mesmo artigo).

Poderá, então o empregador, ou o médico, exigir a aplicação de testes para detecção do vírus da AIDS? Imaginando que sim alguns órgãos públicos passaram a incluí-los entre os exames admissionais, conforme noticiaram os jornais em meados de 1992: “Ministério da Economia exige teste anti-AIDS – Concursados da Receita têm de apresentar exame para trabalhar.”⁵⁴ “A Justiça Federal (Primeira Região) está exigindo uma série de exames, entre eles o do vírus da AIDS (HIV) dos candidatos aprovados no concurso público realizado em maio para preenchimento de 1522 vagas em cargos administrativos em 14 Estados.”⁵⁵ Fortaleza – O governador do Ceará, Ciro Gomes (PSDB), revogou ontem a decisão do Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC) de exigir dos candidatos concursados o exame anti-AIDS para ingressarem no serviço público estadual.”⁵⁶

Os argumentos que geralmente têm sido usados para justificar tais exigências são, em suma, os seguintes:

54 O ESTADO DE SÃO PAULO, 18.07.92.

55 FOLHA DE SÃO PAULO, 24.07.92.

56 CORREIO POPULAR, 22.07.92.

57 BRASIL. Ministério da Saúde. *Implicações Éticas da Triagem Sorológica do HIV*, pp. 15-16.

- a) os testes evitariam o ingresso no emprego de soropositivos, que seriam doentes em potencial, os quais certamente só acarretarão despesas, sem nada ou quase nada produzirem;
- b) constituem medidas de controle de propagação da doença;⁵⁷
- c) evitariam, ainda, constrangimentos provocados junto aos empregados.

Todavia, esses argumentos revelam temores infundados e pretexto para adoção de medidas discriminatórias. Não pode o aidético ser descartado de um processo seletivo, apenas por sua doença, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, haja risco efetivo de contágio.⁵⁸

Ademais, há de se considerar que, do ponto de vista prático, a realização dos testes se torna de difícil exequibilidade, em vista do número de candidatos que geralmente concorrem a um emprego; nem se pode esquecer o clima de pânico que gerará entre os que se submeteram à sua realização e a probabilidade de falso soropositivo, que podem ensejar atitudes dramáticas e desesperadas.

A exigibilidade do teste, dessa forma, não revela um justificado interesse público ou do empregador, em particular, a ponto de afastar os direitos fundamentais dos candidatos, constituindo-se, na realidade, em medida discriminatória e infringidora, notadamente, do direito à intimidade.

Esse entendimento tem recebido acolhida junto às autoridades governamentais. O Ministério da Saúde, por exemplo, através da Divisão Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis/AIDS da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde e Conselho Federal de Medicina, divulgou normatização de condutas técnicas e éticas, relativamente à AIDS, contendo disposição específica sob título "Os Direitos do Trabalhador", que assim preceitua:

"O empregador é livre para decidir a quem deve empregar, mas não lhe é permitido exigir testes sorológico, enquanto condição de admissão ou manutenção do emprego ou cargo público, por caracterizar interferência indevida na intimidade dos trabalhadores e restrição ou discriminação..."⁵⁹

58 LIMONGI FRANÇA. *Aspectos Jurídicos da AIDS*, p. 19.

59 BRASIL. Ministério da Saúde, ob. cit., p. 18.

Em idêntico sentido, o Conselho Federal de Medicina, através da resolução número 1359/92, vedou:

- a) ao médico que presta serviços a empresas revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à secção de pessoa da empresa, cabendo-lhe informar exclusivamente quanto à capacidade ou não de exercer determinada função (artigo terceiro);
- b) a realização compulsória de sorologia para HIV, especialmente exames pré-admissionais ou periódicos (artigo quarto).

Em 11 de agosto de 1992, foi editada pelos Ministros de Estado da Saúde e do Trabalho e da Administração, a Portaria Interministerial número 869, proibindo no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus HIV, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde.⁶⁰

CONCLUSÕES

1. Com vistas a obter ganhos competitivos, em um mercado cada vez mais exigente e, paradoxalmente limitado, as empresas passaram a adotar métodos pretensamente mais científicos no recrutamento de seu pessoal. A redução de custos e a melhoria da mão-de-obra empregada levaram-nas a recorrer a exames, alguns sofisticados, notadamente de inspiração biológica.

2. Os exames genéticos passaram, dessa forma, a ser procurados, assim como, presentes os problemas, de ordem administrativa e técnica, surgidos com a AIDS, muitos empregadores inseriram como exigência, disfarçada ou ostensivamente, para admissibilidade em seus quadros de pessoal, o resultado negativo em testes anti-HIV.

3. A reação do Direito, ainda que tardia, não deixou de ocorrer, tendo em vista a violação flagrante do direito à intimidade e à vida privada, consagrado em muitos domínios, como um direito fundamental do homem. Nos Estados Unidos, a proteção constitucional do *right to privacy*, ainda que restrito ao âmbito público, fez-se associar a diplomas legais e à *Common*

⁶⁰ Idem.

law para conferir um sistema mais amplo de proteção ao trabalhador e, em destaque, ao candidato a um emprego, restringindo o uso de tais testes. Em mesmo sentido, na França, a garantia do direito ao respeito à vida privada impôs-se como limitadora de um amplo poder diretivo, ávido à aplicação de tais recursos.

4. No Brasil, o assunto ainda é incipiente. Não obstante, nota-se firme tendência no sentido de prevalência do direito à intimidade e à vida privada frente essas incursões em seu âmbito.

BIBLIOGRAFIA

- ABBEY, A. & REDEL, C. *Drug Testing in the Workplace: Public and Private Sector Employers and the Courts*. "Labor Law Journal" v. 42, n. 4, abril 1991, pp. 239-246.
- AMSTERDAM. *Perspectives on the Fourth Amendment*, "Minnesota Law Review", n. 58, 1974, p. 349.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Implicações Éticas da Triagem Sorológica do HIV*, Brasília, 1993.
- CARBONIER, Jean. *Droit Civil*, Tomo I e II, Paris, Thémis, 1982.
- CAREY, H. et al. *The Genetic Age*, "Business Week", v. 3161, 28 de maio de 1990, pp. 70-71.
- CATALA, N. *Droit du Travail; L'Entreprise*. Paris, Dalloz, 1980.
- CEE. Recomendação n. 92/131. JOCEL L. 49, de 04.02.92, In "Liaisons Sociales" n. 91.
- FRANÇA. Comissão Nationale de l'Informatique et des Libertés. "1er. Rapport d'Activité de la CNIL", 1978-1980.
- FRANÇA. Comissão Nationale de l'Informatique et des Libertés. "3ème Rapport d'Activité de la CNIL", 1984.
- FRANÇA. Comissão Nationale de l'Informatique et des Libertés. "6è. Rapport d'Activité de la CNIL", 1985.
- FRANÇA. Comissão Nationale de l'Informatique et des Libertés. "8. Rapport d'Activité de la CNIL", 1987.
- FRANÇA. Comissão Nationale de l'Informatique et des Libertés. "9è. Rapport d'Activité de la CNIL", 1988.
- HAMES, D.S. & DIERSEN, N. *The Common Law Right to Privacy: another Incursion into Employers' Right to Manage Their Employee?*, "Labor Law Journal" v. 42, n. 11, Novembro 1991, pp. 7-765.

- . *Are Terminations Precipitated by an Invasion of Privacy Wrongful?* “Labor Law Journal”, v. 42, n. 6, junho 1991, pp. 371-375.
- HOFSTADTER, Samuel H. e HOROWITZ, George, *The Right of Privacy*, N. Iorque, Central Book Co., 1964, p. 11.
- LIEM, S.A. *The Fourth Amendment and Drug Testing in the Workplace: Current U.S. Court Decisions*. “Labor Law Journal” v. 43, n. 1., janeiro 1992, pp. 50-57.
- LIMONGI FRANÇA, R. *Aspectos Jurídicos da AIDS*, “RT” 661, nov. 90, pp. 14-21.
- LYON-CAEN, G. *Le Travail non Salarié*, Paris, Sirey, 1990.
- MOGANO, O.B. *Do Poder Diretivo da Empresa*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- MARTIN, Lucien. *Il Secret de la Vie privée*. “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, n. 2, avril/juin 1959, pp. 227-256.
- MOLE, Ariane. *Informatique et Libertés du Travail: Les Nouveaux Enjeux*. “Droit Social”, n. 1, Paris, janeiro de 1990, pp. 59-67.
- . *Au Delà de la Loi Informatique et Libertés*. “Droit Social”, n. 6, junho 1992, pp. 603-611.
- PÉREZ DE LOS COBOS, M. *Nuevas Tecnologías y Relación de Trabajo*, serie Monografias, n. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- PETERSEN, D. J. & MASSENGILL, D. *Employer Response to the Drug-Free Workplace Act of 1988: A Preliminary Look*, “Labor Law Journal”, v. 42, n. 3, março 1991, pp. 145-151.
- PETTIT, C. *Le Droit des Fouilles dans les Entreprises et les Locaux Commerciaux*, Paris, JCP, 1989.
- PICOD, Y. *Le Devoir de Loyauté dans l’Exécution du Contrat*, Paris, LGDF, 1989.
- PLASS, S.A. *Testing Hair Follicles for Drugs: In Search of Privacy, Accuracy, and Reliability*. “Labor”, v. 42, n. 2, fevereiro 1991, pp. 111-115.
- RAY, Jean-Emmanuel. *Nouvelles Technologies et Nouvelles Formes de Subordination*. “Droit Social”, n. 6, Paris, junho de 1992, pp. 525-537.
- . *Comité d’Entreprise, transparence et Dissusion*. “Droit Social”, n. 3, Paris, março de 1993, pp. 215-218.
- RIGAUX, François. *Le Régime des Données Informatisées en Droit International Privé*. “Journal de Droit International”, 1986, pp. 311-333.

- . *L'Élaboration d'un Right to Privacy para la Jurisprudence américaine*.
"Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, n. 4, octobre-décembre
1980, pp. 728-730.
- SAVATIER Jean. *La Protection de la Vie Privée des Salariés*. "Droit Soci-
al", n. 4, Paris, abril 1992, pp. 329-336.
- . *La Liberté dans le Travail*, "Droit Social", n. 1, janeiro 1990, pp. 49-58.
- ZEITZ, K. *Employer genetic Testing: A Legitimate Screening Device or
Another Method of Discrimination*. "Labor Law Journal", vol. 42, n.
11, abril 1991, pp. 230-245.

Flávia de Vasconcellos Lima
Mestre em Direito Comercial (UPMC)
Doutoranda em Direito Tributário (UPMC)

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Composição da Câmara Municipal. 3. Competência da Câmara Municipal. 4. Personalidade jurídica da entidade e capacidade judiciária do Poder. 5. Conclusões

I- INTROITO

O Estado como estrutura social, surge da vontade própria do povo. Manifesta-se por seus órgãos que exprimem a vontade humana, a vontade daqueles a quem incumbe o exercício do poder político e que se denominam "governo", e que realizam as diversas tarefas governamentais.

Em função da especialização das tarefas distinguem-se basicamente três funções: a administrativa, a legislativa e a judiciária. A competência de cada uma dessas funções é responsabilidade primordial de um órgão. Primordial mas não exclusiva, o que importa dizer que a divisão de poderes não exclui outras missões no órgão, além da missão básica que lhe é essencialmente conferida.

1. Utiliza-se, aqui, o sentido lato do termo (apud). Em sentido estrito a atribuição compete ao governo apenas o órgão a que atribui a função legislativa, em oposição ao executivo. Nos sistemas de governo parlamentar, reserva-se ao órgão governamental a função legislativa pelo Conselho de Ministros.