

DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NOS CONTRATOS DE SEGUROS

GENETIC DISCRIMINATION IN INSURANCE CONTRACTS



Leonardo David Quintanilha de Oliveira¹

RESUMO: Defende-se nesse artigo a posição de que, no Brasil, a segmentação genética de riscos nos contratos de seguro é, como regra geral, juridicamente permitida. Essa permissibilidade encontra amparo no dever de revelação de informações contratualmente relevantes do segurado, na autonomia privada e na tutela da gestão não temerária do fundo mutuário. A conduta de segmentação com base em dados genéticos sofre, porém, uma série de restrições decorrentes dos direitos à privacidade, ao acesso a bens e serviços essenciais e à vedação de discriminação. O ônus de transparência no tratamento de dados genéticos é intenso. A segmentação não deve recair em seguros essenciais (inclusive nos planos de saúde). Mas, em especial no seguro de vida, se as indenizações forem elevadas, prevalece a viabilidade de segmentação. De lege ferenda, sugere-se uma regulamentação que leve em consideração a complexa colisão de interesses em jogo.

PALAVRAS-CHAVE: Seguro. Contrato. Risco. Discriminação. Teste genético.

ABSTRACT: This article advocates that, in Brazil, the genetic segmentation of risks in Insurance Law, as a rule, is allowed. The duty of disclosure, private autonomy and the protection of prudent management of the insurance reserve fund support this general rule. The conduct of segmentation based on genetic data, however, suffers from a series of restrictions stemming from the rights to privacy, access to essential goods and services and the prohibition of discrimination. The duty of transparency in the treatment of genetic data is intense. Segmentation should not fall upon essential insurance (including health insurance). Nevertheless, especially in life insurance, if the compensations are high, the viability of segmentation prevails. De lege ferenda, this paper suggests that regulations take the complex collision of interests at stake into account.

KEYWORDS: Insurance. Contract. Risk. Discrimination. Genetic testing.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Situação normativa. 2. A complexidade do tema: colisão de interesses legítimos. 3. A viabilidade abstrata de uso de informações genéticas nos seguros. 4. O risco atuarial, os dados genéticos e a Lei Geral de Proteção de Dados. 5. A involuntariedade do atributo genético e a justiça rawlsiana. 6. O fator genético: suspeição relativa do signo. 7. A essencialidade contratual e o direito de não saber. 8. Estímulos variados à pactuação do seguro em razão do tipo de traço genético. 9. A menoridade do segurado e a discriminação genética. 10. Experiências normativas estrangeiras. 11. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. Normative situation. 2. Theme's depth: collision of legitimate interests. 3. The abstract viability of genetic data usage in Insurance Law. 4. Actuarial risk,

¹ Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

genetic data and General Law of Data Protection. 5. Unintentionality of the genetic attribute and Rawlsian theory of justice. 6. Genetic factor: sign's relative suspicion. 7. The contractual essentiality and the right to not-knowing. 8. Varied stimuli to insurance's agreement due to genetic trace's type. 9. The insured's minority and genetic discrimination. 10. Foreign normative experiences. 11. Final considerations. References.

Introdução

O avanço na compreensão do sequenciamento do ácido desoxirribonucleico (em inglês *deoxyribonucleic acid* – DNA), principalmente em razão de pesquisas levadas a cabo pelo Projeto Genoma Humano², abriu um leque de oportunidades científicas, médico-preventivas, reprodutivas e investigativas.³ Ao lado dos benefícios, porém, paira um temor de implicações perversas, como a potencialidade de uma extrema devassa à privacidade e de aprofundamento de discriminações sociais ou criação de novas modalidades discriminatórias. Há, por exemplo, receio de que certo gene *defeituoso* resulte no alijamento de seu portador do mercado de trabalho⁴.

Nos seguros, atributos genéticos podem ser relevantes para orientar o segurador na decisão de aceitar ou rejeitar proposta contratual ou ainda na fixação das bases contratuais (carência, prêmio, cláusula de descoberto etc.), notadamente quando o risco corretado tem relação com a longevidade e a saúde do segurado (seguro de vida, seguro-invalidez, plano de saúde).

O tratamento de dados genéticos – como espécie de dados pessoais de saúde – para a seleção de riscos nos planos privados de saúde é categoricamente vedado pelo art. 11, § 5º,

² O Projeto Genoma Humano consistiu em investigação científica transnacional com escopo de mapear e identificar os mais de vinte mil genes do genoma humano, desde uma perspectiva física a uma funcional. (*What was the Human Genome Project?* Genome.gov. NHGRI. NIH. Disponível em: < <https://www.genome.gov/human-genome-project/What>>. Acesso em: 26 jan. 2023).

³ Dados genéticos servem para propósitos médicos, como o diagnóstico de patologias, antes mesmo da manifestação de sintomas, e descoberta/antecipação de terapias; pesquisas científicas; análises probabilísticas capazes de subsidiar decisões reprodutivas (quando se identifica gene recessivo capaz de acometer o eventual descendente à enfermidade grave); auxílio a políticas públicas preventivas – associadas a diagnóstico pré-natal – persecução criminal; descoberta de ascendência biológica (investigação de paternidade/maternidade), entre outros. (Cfr. SIMONS, Alonso Núñez del Prado. Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 8, p. 113, maio 2018).

⁴ A respeito da discriminação genética no âmbito trabalhista, HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito e discriminação genética. *Revista do Direito Privado da UEL*, v. 1, n. 2, 2008. p. 11-15; MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de. *Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido*. Curitiba: Juruá, 2016; FERIA BASILIO, Iluminada del Rocío. *La tutela del patrimonio genético del trabajador*. Albacete: Bomarzo, 2013.

da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com redação dada pela Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019).

Para além da vedação endereçada às operadoras de planos de saúde, porém, inexistente norma em vigor proibitiva de tratamento de dados genéticos nos seguros.

O presente artigo examinará se, e em que medida, é juridicamente legítima a segmentação de risco nos seguros – com exceção dos planos de saúde (*habemus legem*) – com base em traços genéticos⁵.

1. Situação normativa

A dificuldade de se estabelecer um regime jurídico nacional para o tratamento de dados genéticos no seguro é substancial, tendo em conta, que, diverso de outros países (cfr. tópico 10), o Brasil carece de lei específica sobre o tema⁶. Por isso, é importante se valer de normas de abrangência mais aberta.

Inexistente vedação legal expressa para a prática em apreço. Além disso, há permissão genérica para tanto. A LGPD classifica informações pessoais genéticas como dado pessoal sensível (art. 5º, II)⁷, cujo tratamento é, em tese, expressamente viabilizado, contanto que respaldado em uma das hipóteses elencadas no seu art. 11 e observadas determinadas balizas. Por exemplo, o art. 11, § 4º, da LGPD é incisivo ao interditar “a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo

⁵ Registramos, por oportuno, que não há pretensão de se esgotar a matéria, mas apenas a de contribuir com temática complexa, pela apresentação de argumentos normativo-institucionais com vistas a balizar juridicamente a aludida segmentação de risco.

Apesar da menção frequente ao direito estrangeiro, o foco do artigo é o ordenamento jurídico do Brasil. A alusão a outras jurisdições teve por escopo aprofundar o debate.

⁶ Cabe aqui a ressalva de que no plano internacional a matéria é tratada na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada em 16 de outubro de 2004, em sessão da Conferência Geral da Unesco. Segundo o seu art. 14º, *b*, os dados genéticos não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros (incluindo expressamente as companhias de seguros), ressalvado em razão de motivo de interesse público ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa. Porém, o documento se enquadra na denominada *soft law* e, por isso, não possui caráter vinculativo.

Pode-se mencionar também, já plano nacional infralegal, as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana aprovada pela Resolução nº 340, de 8 de julho de 2004, do Conselho Nacional de Saúde, segundo as quais dados genéticos obtidos por pesquisas associadas a uma pessoa identificável não poderão ser divulgados nem ficar acessíveis a terceiros, inclusive empresas seguradoras. Entretanto, o diploma tem pouca força para o enfrentamento do tema. Sua incidência é restrita aos dados coletados para fins de pesquisa científica; sua natureza, como dito, é infralegal; e foi produzido por órgão que não regulamenta o setor securitário.

⁷ O enquadramento como dado sensível também é feito pelo art. 3º, inciso II, da Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414, de 09 de julho de 2011).

de obter vantagem econômica”. O preceito é perfeitamente aplicável aos resultados de exames genéticos apreendidos com consentimento expresso do titular por seguradores. Sem autorização expressa do seu titular, os dados genéticos não podem ser utilizados para fins alheios aos que motivaram seu armazenamento, registro ou uso⁸.

Também prevalece no ordenamento jurídico uma vedação ampla de discriminação. Trata-se inclusive de princípio a ser observado na atividade de tratamento de dados pessoais (art. 6º, IX, LGPD). O princípio se extrai igualmente do conjunto de disposições normativas constitucionais⁹ (incindíveis por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e infraconstitucionais¹⁰ que balizam um *direito contratual antidiscriminatório*¹¹ e que se aplicam, com as devidas adaptações, ao seguro.

O enquadramento da segmentação genética de risco como ato discriminatório, entretanto, é tudo menos simples, o que será adiante considerado.

Ainda é importante pontuar que o assunto é o objeto de diversos projetos de lei – PLs em trâmite no Congresso Nacional. Em geral, eles contêm proibições taxativas de qualquer forma de diferenciação no seguro com base em exames de DNA¹². Como se verá, essa abordagem legislativa extrema caminha na contramão da tendência normativa dos Estados Unidos e de muitos países da Europa Ocidental e é sujeita a diversas críticas.

O PL da Câmara dos Deputados n° 29/2017, que pretende inaugurar no país um estatuto sobre seguro privado, ao seu turno, possui disposição geral antidiscriminatória¹³. A vagueza da sua redação, aliada à salvaguarda da “livre iniciativa empresarial”, nada ajuda na delimitação das situações permitidas e vedadas nesta seara.

⁸ O enunciado 405 da V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal caminha na mesma direção: “As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular.”

⁹ Citam-se a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade – e, em sua versão negativa, a vedação genérica à discriminação –, a solidariedade, a defesa do consumidor e a redução de desigualdades (arts. 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, *caput*, I, XLII, XLI; 7º, XXXI; 170, V e VII, todos da Constituição Federal).

¹⁰ Mencionam-se a função social do contrato (421 do Código Civil – CC), a boa-fé objetiva (art. 187, CC), a natureza meramente exemplificativa dos direitos fundamentais (art. 12, CC). Também o Código de Defesa do Consumidor consagrou um princípio de acessibilidade e de igualdade jurídica (arts. 6º, II, 37, § 2º).

¹¹ A esse respeito, cfr. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Antidiscriminação e Contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: RT, 2020.

¹² Cfr. PLs da Câmara dos Deputados n° 4.610/98 (veda, na esfera penal, diferenciação de tratamento no seguro com base em informações genéticas); n° 4.900/99 (dispõe sobre a proteção contra a discriminação da pessoa em razão da informação genética); e n° 4.661/01 (proíbe a exigência de apresentação de exame de DNA pelas “companhias de seguro em geral” e mesmo a obtenção de vantagens pela apresentação de exame).

¹³ Segundo redação da minuta aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, em 4 de abril de 2017, “os critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos devem promover a solidariedade e o desenvolvimento econômico e social, sendo vedadas políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial” (art. 52, § 5º).

2. A complexidade do tema: colisão de interesses legítimos

No âmbito dos seguros, a doutrina vem alardeando para os inconvenientes do uso de informações cromossômicas, como a falta de voluntariedade sobre elas, visto que decorreriam da sorte, uma espécie de *loteria hereditária*; o risco de reducionismo, convolvendo em certeza científica o que seria mero conhecimento parcial e probabilístico, que não deveria descartar fatores sociais, ambientais e comportamentais¹⁴; o interesse na preservação da privacidade; o direito de não saber; o perigo de vazamento de dados médicos; a dificuldade no acesso a serviços de saúde; e a potencialidade de criação de uma classe genética de dessegurados¹⁵. Por conta disso, não faltam vozes pela inviabilidade absoluta de utilização de dados genéticos por companhias de seguro¹⁶.

A temática, porém, é complexa e não requer uma resposta do tipo *certo ou errado*.

A categorização de riscos perpetrada no seguro encontra suporte na liberdade dos agentes de mercado. A liberdade contratual do segurador (corolário da autonomia privada), da qual se extrai a viabilidade de se escolher a contraparte e dispor sobre o conteúdo contratual, possui respaldo constitucional (arts. 1º, IV, e 5º, II, e 170, todos da CF)¹⁷.

No plano infraconstitucional, vale fazer menção à Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica¹⁸. Ela consagrou o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III). Ademais, diversos de seus dispositivos objetivam a tutela da autonomia privada. *V.g.*, o art. 3º, V, contempla a presunção de boa-fé em relação aos atos praticados pelos agentes econômicos, para os quais “as dúvidas de interpretação do direito civil,

¹⁴ LIMA NETO, Francisco Vieira. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62; SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, Fernando. *Datos de salud y datos genéticos: su protección en la Unión Europea y en España*. Granada: Comares, 2004. p. 126.

¹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 619-620.

¹⁶ Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. O impacto da biotecnologia no direito à privacidade. *In*: MARTINS, Ives Gandra *et al.* *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 77-80.; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVEZ, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 254; DO BÚ, Maysa Amanda Aquino. Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 7, p. 235-262, jan./dez. 2014.

¹⁷ Cfr. QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 16, maio 2022, p. 40.

¹⁸ Sobre o ato normativo, cfr. AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coords). *Comentários à Lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”.

Também não se podem ignorar as razões para a segmentação de riscos no seguro. Ela é conseqüência do princípio do equilíbrio contratual. A técnica de avaliação atuarial possibilita que se precise o circunjacente preço do risco individual. Quando isso deixa de ocorrer, a coletividade de segurados será o foro de retificação, pois, do contrário, o segurador não manterá sua higidez econômica. Assim, muitos custearão a subprecificação em favor do portador de maior risco individual¹⁹.

O fenômeno é descrito por Ricardo Bechara Santos ao acentuar a importância de, em prol da mutualidade, buscar-se a justiça tarifária e, dessa forma, o “seguro sob medida”²⁰. Essa reflexão de justiça é recorrente em debates sobre a discriminação no seguro não apenas em relação aos aspectos cromossômicos²¹.

A segmentação de risco decorre também da potencialidade de redução de mercado causado pela *seleção adversa*²². Nos seguros, o fenômeno significa, em síntese, que a fixação de bases contratuais únicas e a captação indiscriminada de clientes podem conduzir à majoração de preços suportados pelos demais segurados, por força da mutualidade própria da operação econômica subjacente. O aumento de preços, por sua vez, desestimula a contratação do seguro, especialmente pelos portadores de baixo risco. O resultado é a evasão continuada desses clientes e o aumento cíclico e exponencial do prêmio. No extremo, isso poderia provocar um colapso do mercado²³.

Não escapa ainda o fato de que os detentores de riscos majorados de saúde possuem

¹⁹ Sobre o tema, QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*: tomo I. Ilan Golberg e Thiago Junqueira (coord.), São Paulo: RT, 2020. p. 92-125.

²⁰ BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de Seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 86-87

²¹ Para ilustrar, na segunda metade da década de 1980, em pleno auge da epidemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – Sida, sobreveio, nos Estados Unidos, forte apelo público para que companhias de seguro de vida e de saúde cessassem a prática de condicionar a contratação à realização de testes de sangue para detectar portadores do vírus da imunodeficiência. No Distrito de Columbia, o Conselho Municipal (*D.C. City Council*) e o prefeito aprovaram ato legislativo para proibir a recusa contratual por não submissão ao teste de sangue e impor uma moratória de cinco anos contra a cobrança de preços diferenciados em razão da doença. O Senado, no exercício de sua competência legislativa revisora, revogou a medida, após calorosos debates. Prevaleceu a linha argumentativa verberada pelo então diretor do *American Council of Life Insurance Companies* de que, caso prevalecesse o estatuto, “pessoas saudáveis teriam que pagar um *Aids tax*”. A respeito da proposta legislativa, WORTHAM, Leah. The Economics of Insurance Classification: the Sound of One Invisible Hand Clapping. *Ohio State Law Journal*, v. 47, n. 4, 1986. p. 837.

²² AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3., p. 488-500, Aug. 1970.

²³ GAULDING, Jill. Race, Sex and Genetic Discrimination in Insurance: What’s Fair? *In: 80 Cornell L. Rev.*, 1994-1995. p. 1653.

estímulos adicionais para a contratação de seguros associados a eles²⁴. Aquele, a título exemplificativo, que conhecer ser portador de alguma patologia monogênica fatal, como a de Huntington (praticamente citada em todos os trabalhos sobre discriminação genética em seguros)²⁵ e de Batten²⁶, incrementará ainda mais esses estímulos contratuais.

Reside especial preocupação nos seguros em que inexistente limite para o capital segurado, tal como um seguro para pagamento de indenização em decorrência de falecimento. Poder-se-ia cogitar, *v.g.*, de genitores, ao descobrirem que o filho tem característica genética da distrofia muscular de Duchenne²⁷, contratarem seguro de vida para recebimento de indenização altíssima com a sua morte, omitindo a informação ao segurador. Ou de um portador da condição genética relacionada à doença de Huntington, ao se deparar com o resultado do teste laboratorial, contratar seguro por incapacidade laboral de montante igualmente elevado, valendo-se da insciência da contraparte. Haveria, nas conjecturas, afronta ao dever de revelação, corolário da boa-fé²⁸.

²⁴ VIOLA, Mario. A manipulação genética e o contrato de seguro. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direitos Civis*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 417.

²⁵ Trata-se de doença neurodegenerativa, de transmissão autossômica dominante, associada a mutações no cromossomo 4. Ela se inicia em média em torno dos 40 anos de idade. Evolui para óbito após um período de cerca de 15 a 20 anos do aparecimento dos primeiros sintomas exteriores (SPITZ, Mariana. Doença de Huntington e outras coreias. *Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto*, v. 9, n. 1, p. 29-32, 2010.).

²⁶ Doença degenerativa fatal, originária de mutação genética, que se inicia na tenra infância (KOHLSCHÜTTER, Alfred (Ed.). *Lipofuscinose ceróide neuronal, juvenil (doença de Batten, doença de Spielmeyer-Vogt, CLN3)*. Definição da doença. Disponível em: <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?lng=PT&Expert=79264>. Acesso em: 26 jan. 2023.).

²⁷ A distrofia muscular de Duchenne acomete quase que exclusivamente homens, porque está ligada ao cromossomo Y. Ela é incurável e resulta na ausência de uma proteína essencial para os músculos. Sem ela, a musculatura vai se degenerando progressivamente. A capacidade de andar pode ser perdida aos 12 anos de idade, aproximadamente. As principais causas de morte entre os pacientes dessa condição são patologias pulmonares. O falecimento ocorre por volta dos 25 anos (MINHA VIDA. *Distrofia muscular de Duchenne: sintomas, tratamentos e causas*. Disponível em: <<https://www.minhavidade.com.br/saude/temas/distrofia-muscular-de-duchenne>>. Acesso em: 26 jan. 2023.). O teste genético permite o diagnóstico definitivo em 60 a 70% dos casos. (BRUNA, Maria Helena Varella. *Distrofia de Duchenne*. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/distrofia-de-duchenne/>>. Acesso em: 26 jan. 2023.).

²⁸ Em caso de predisposição a doenças genéticas, Stela Barbas defende uma aproximação ao regime de prestação de informações que já recai no portador de doenças graves. O proponente do seguro possui o dever de prestar informações verazes a respeito do seu estado de saúde, pois, do contrário, estará à mercê das sanções legais decorrentes da retenção. Para a autora, não haveria razão para se negar que os seguradores tenham acesso a esse tipo de predisposições genéticas, uma vez que, sob essa premissa, também seria defensável que o portador de uma doença grave sonegue as informações a respeito de sua patologia e contrate seguro de valor vultoso para seu próprio benefício ou de terceiros. Todavia, neste último caso não apenas se impõe juridicamente um dever especial de prestação de informações verazes, mas é comum que as companhias de seguro, diante de proposta de seguro de montante expressivo, exijam o preenchimento de formulário específico de risco mais detalhado e até a submissão a exames complementares de saúde. Do contrário, haveria uma situação atentatória à boa-fé: o segurando, sabendo-se portador de uma patologia genética incurável, talvez ainda em estado patente, poderia se aproveitar maliciosamente da assimetria informativa e contratar um seguro com indenização elevada (*Op. cit.*, p. 615-619). Sobre o dever do segurador de prestar informações relevantes ao segurador, *cfr.* QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. O dever de prestar declaração do risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 8, p. 20-63, maio 2018.

Em verdade, reside na temática colisão de interesses juridicamente protegidos que impede a adoção de posições radicais. De um lado, aqueles relacionados à privacidade, ao acesso a bens e serviços essenciais e ao direito de não discriminação; de outro, interesses do segurador atinentes às informações significativas à contratação, à autonomia privada e à gestão não temerária do fundo mutuário (que, em última análise, repercute na coletividade de segurados).

3. A viabilidade abstrata de uso de informações genéticas nos seguros

A ausência de vedação legal, segundo acima abordado, é indicativa de uma permissão de segmentação genética no seguro, pois a viabilidade de segmentação é a regra geral. Essa permissibilidade, evidentemente, pode ser infirmada por outros elementos do sistema jurídico.

É relevante notar que a jurisprudência é remansosa no sentido de que as companhias de seguro podem exigir (*rectius*: condicionar a contratação) a realização de exames médicos complementares prévios à celebração de contratos cujo risco esteja ligado à saúde do segurado²⁹. Não parece que o acesso consentido a atributos do DNA seria *per si* mais incisivo à privacidade se comparado a diagnósticos médicos que projetem os demais aspectos relacionados à saúde, os quais podem importar em análise de secreção, revelação de doenças venéreas e outros aspectos recônditos ao corpo humano e potencialmente reveladores de características e hábitos íntimos.

A interdição especialmente endereçada às patologias genéticas revela ainda, como indica Luís Poças, uma “nova discriminação negativa injustificada” voltada aos portadores de patologias de causa não genética, os quais se sujeitam ao dever de declaração e de exame médico, podendo, destarte, sofrer agravamentos de prêmios, exclusões ou recusas de contratação. Assim, o autor lusitano compreende que, uma vez que o elemento genético é comprovadamente apto à análise de risco, ele mereceria igual tratamento que as demais informações clínicas, não um regime autônomo³⁰. O raciocínio, desenvolvido sob o foco no regime português (que possui regime de absoluta proibição – em verdade, o autor estava apenas

²⁹ O entendimento, aliás, se encontra consagrado no verbete 609 da Súmula da jurisprudência do STJ, aprovado em 2018: “A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.”

³⁰ POÇAS, Luís. *O dever inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 769.

tecendo críticas à opção legislativa), vale para orientar a revelação de um regime brasileiro, a despeito da lacuna legal.

De mais a mais, o debate em torno da assimilação pelos seguradores de predicados genéticos associados à maior probabilidade de sinistralidade é contingente ao avanço tecnológico. Os clamores estritamente contrários são conseqüências em certa medida da ambiência de novidade. A segmentação tende, ao longo da história dos seguros, a acompanhar as inovações de detecção de fatores atuariais. Alonso Núñez Simons, por isso, considera que a tendência é que uma hora ou outra sejam largamente exigidos testes genéticos de potenciais clientes quando eles se revelarem pertinentes. Exames hoje rotineiramente solicitados foram um dia considerados abarcados no núcleo duro da intimidade, mas acabaram se impondo. O professor peruano alerta que, ainda que o direito caminhe para a proibição, os seguradores poderão conceder descontos a quem consentir em se submeter a exames genéticos. Os efeitos práticos serão equivalentes³¹.

Essa tendência é potencializada ao passo que tais testes se tornam mais populares e baratos. Isso já é realidade em alguns países, onde *kits* de coleta de material para o exame são facilmente encontrados nas farmácias e adquiríveis pela internet a preços acessíveis³². O baixo custo acaba sendo um atrativo para que, além dos próprios indivíduos, os seguradores dele também lancem mão.

O que o exame em apreço sufraga ao seguro, a bem da verdade, é o diagnóstico de patologias ainda assintomáticas com causas inclusive ou exclusivamente genéticas.

O estado latente da doença não deveria excluir em abstrato a sua serventia para a quantificação do risco, porquanto enfermidades de razões exogenéticas podem igualmente permanecer durante um tempo nesse mesmo estado. É a situação de algumas doenças virais em que o agente causador permanece incubado no corpo humano por algum tempo. Foi exatamente por conta de técnicas apuradas de diagnóstico (*v.g.*, exame sanguíneo) que se permitiu detectá-las antes do aparecimento de seus sintomas. Entretanto, nem por isso se levantam vozes contrárias à viabilidade de que doenças virais sirvam como legítimo elemento atuarial.

Em realidade, como alerta Richard Epstein, diversas condições patológicas que há muito tempo são tidas em conta nos seguros possuem bases genéticas – os testes apenas

³¹ SIMONS, Alonso Núñez del Prado. *Op. cit.* p. 128.

³² Nos Estados Unidos, por exemplo, é possível contratar o serviço de análise de ancestralidade e predisposições genéticas a doenças e a atributos pessoais por pouco mais de \$100 (Disponível em: <https://www.amazon.com/dp/B01A0W1D9E/ref=syn_sd_onsite_desktop_235?ie=UTF8&psc=1&pd_rd_plhdr=t>. Acesso em: 26 jan. 2023).

antecipam o seu conhecimento³³. Bardey David e Philippe de Donder, em sentido semelhante, entendem não subsistir lógica em se obstar o uso de informações genéticas no seguro, ao mesmo tempo em que se adota uma regulamentação *laissez-faire* em relação aos antecedentes familiares, pois os dados são intrinsecamente de mesma natureza e, no primeiro caso, até mais precisos³⁴.

A lacuna legal e a inexistência de vedação absoluta, todavia, são inaptas a afastar a observância de balizamentos. A proteção jurídica do traço genético, como dado pessoal sensível, é inegável conseqüência à tutela especial da privacidade.

4. O risco atuarial, os dados genéticos e a Lei Geral de Proteção de Dados

Existem duas ideias recorrentes para se negar aprioristicamente a aptidão de que atributos genéticos sirvam de respaldo legítimo ao selecionamento de risco. Em um extremo, sob a premissa correta de que risco é componente *sine qua non* ao seguro, afirma-se que o uso pelos seguradores de testes genéticos poderia colocar em causa a *razão de ser* de alguns tipos de seguros, de forma que o conhecimento de atributos cromossômicos transformaria a incerteza em certeza³⁵. Porém, risco, como leciona Stela Barbas, tem a ver com futuridade e a incerteza do acontecimento, mas esta última não tem de ser absoluta. Nos seguros de vida para caso de morte, para exemplificar, apenas subsiste incerteza relativa; ou seja, apesar de o acontecimento segurado ser inafastável, não se sabe *quando* ocorrerá³⁶.

Em outro extremo, aduz-se que a discriminação decorreria de um censurável reducionismo do indivíduo ao seu material biológico hereditário, sem se considerar fatores ambientais e comportamentais que podem se revelar igualmente influentes para a deflagração de patologias. Esse argumento, nada obstante, olvida que os seguros lidam com probabilidades atuariais que levam em conta uma multiplicidade de elementos. Não é porque um deles isolado

³³ EPSTEIN, Richard A. The Legal Regulation of Genetic Discrimination: Old Responses to New Technology. *Boston University Law Review*, v. 74:1, 1994. p. 3.

³⁴ Os autores estavam criticando o atual quadro normativo francês que, como se verá, é estritamente refratário à utilização de dados genéticos pelas companhias de seguro (BARDEY, David; DONDER, Philippe de. Médecine personnalisée, tests génétiques et assurance santé: une tension exacerbée entre antisélection et discrimination des risques. *Revue d'économie financière*, n. 2, p. 209, 2017.).

³⁵ Carlos Nelson Konder, por exemplo, ao indicar os receios de discriminações perpetradas por companhias de seguro, afirma que “o acesso a informações genéticas indicando tendências a problemas de coração, certos tipos de câncer, males neurológicos, como o Parkinson e o Alzheimer, e cada vez mais doenças que se tornam passíveis de identificação probabilística, tornam próxima a possibilidade do seguro sem risco” (KONDER, Carlos Nelson. “Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 386, mai./ago. 2013.).

³⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Op. cit.* p. 607.

não se revele *causa única* de agravamento de risco que ele deve ser juridicamente descartado.

O fato é que, à proporção que a ciência de prognose genética avança, vão se descobrindo mais e mais traços que efetivamente, mesmo que em conjunto com outros elementos, aumentam as chances de contração de doenças e é exatamente essa correlação que se torna significativa para os cálculos de probabilidade, como qualquer outro fator atuarial.

Insta observar, como ainda se verá no tópico 8, que a relevância do material genético como fonte causal de doenças é variável, assim como as patologias dele advindas possuem variantes níveis de gravidade. Isso pode ser levado em consideração como fator de restrição da atividade de segmentação, por meio de autocontenção (isto é, o próprio mercado espontaneamente ignora fatores insignificantes).

Essa contenção também poderia advir de restrições estatais à segmentação de risco com lastreio em uma política antidiscriminatória (hétero-contenção). Essa política pode ser funcionalizada a combater o potencial fenômeno de discriminação consubstanciado na adoção por companhias de seguro de práticas extremamente cautelares de aversão à perda desprovida de respaldo científico. Ou seja, elas, ao se depararem com resultado sinalizador de um traço que *talvez* aumente as probabilidades atuariais, pois ainda guarneceria *significativa* dúvida científica a respeito do nexo de causação patológica, recusariam a proposta ou fixariam prêmios desproporcionais³⁷. Em situações como essa, a conduta arredia do segurador pode sofrer grau de censura do ordenamento jurídico, em obséquio ao princípio da precaução, do Biodireito, segundo o qual a dúvida científica considerável orienta um comportamento passivo *pro homine*; melhor dizendo, na ausência de razoável base empírica para se precisar as consequências de determinado caractere cromossômico, dever-se-ia pender para sua não utilização.

Como instrumento de sindicabilidade do fundamento atuarial e de desincentivo ao mau emprego da técnica atuarial, é inestimável a relevância dos direitos de explicação, retificação e oposição preconizados na LGPD³⁸. O diploma normativo preconiza como limitação instrumental ao tratamento de dados de pessoas naturais os princípios de livre acesso e de transparência no tratamento de dados pessoais (art. 6º, III e IV). Eles assumem importância para a atividade de categorização de probabilidades, pois conferem ao titular dos dados o direito de requisitar, sem custos, ao segurador, como agente controlador, a “confirmação da existência

³⁷ Sobre a possibilidade de que seguradores reajam de forma irracional diante da informação genética, GAULDING, Jill. *Op. cit.* p. 1687.

³⁸ A respeito da incidência da LGPD como ferramental jurídico para prevenção de discriminação nos seguros, JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. São Paulo: RT, 2020, p. 241-259.

do tratamento”; o “acesso aos dados” utilizados para a segmentação; e a “retificação de dados inexatos ou desatualizados”; além do direito de oposição ao tratamento desguarnecido de fundamento (art. 18). Isso obsta, ou ao menos dificulta, que algum proponente de seguro seja surpreendido com recusa da proposta ou qualquer tipo de arranjo contratual piorado, sem que possa saber a razão para tanto e eventualmente questionar – inclusive na esfera judicial – a veracidade dos fatos que conduziram à decisão da companhia securitária e a legitimidade da medida.

A natureza sensível e o potencial discriminatório aguçam os deveres de transparência no tratamento de dados genéticos (art. 6º, VI).

5. A Involuntariedade do atributo genético e a justiça rawlsiana

Um dos fundamentos mais invocados pelos defensores de políticas de regulação da classificação de risco é o de que pairaria uma dose de iniquidade em que indivíduos sofram um tratamento menos favorável por conta de características sobre as quais não exercem nenhum tipo de controle.

Para alguns fatores atuariais subsiste voluntariedade, ainda que relativa. Fumantes, alcóolatras, motoristas inabilidosos, obesos e praticantes de esportes radicais exercem certa medida de direção de seus hábitos e, por isso, sobre eles deveria incidir uma carga de responsabilidade na tomada de suas decisões. O mesmo não ocorre com atributos ligados a gênero, idade, nacionalidade e raça. Sob essa ótica, porque são alheios ao talante de seu portador, os custos econômicos a eles associados deveriam, de acordo com alguns, ser distribuído de maneira moralmente cega³⁹.

Nesse aspecto, seria útil levar em consideração a ideia rawlsiana de justiça. Para John Rawls, a distribuição de recursos alicerçada em habilidades naturais ou outra eventualidade fortuita é arbitrária do ponto de vista ético⁴⁰. A justa distribuição de bens é aquela pautada pela escolha dos potenciais beneficiários em uma posição hipotética de igualdade original em que ninguém pudesse antever sua posição social, seus dotes e suas peculiaridades

³⁹ AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle D.; SCHWARCZ, Daniel Benjamin. Understanding Insurance Anti-Discrimination Laws. *Law & Economics Working Papers*, 2013. p. 15; ANTONIO, Katrien; CHARPENTIER. La tarification par genre en assurance corrélation ou causalité? *Risques: les cahier de l'assurance*, n. 109, mar. 2017. p. 98-100.

⁴⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 77.

naturais. Elas estariam, para usar o recurso visual do filósofo político, *sob um véu de ignorância*⁴¹.

No contexto dos seguros, tal concepção de justiça teria o condão, para parte da literatura especializada, de reduzir a margem de liberdade dos seguradores para adoção de fatores naturais como critérios de seleção de risco, de ordem a não se afligir tratamento diferenciado, a título exemplificativo, aos que sofrem de doenças e deficiências físicas congênitas⁴².

De fato, o grau de imutabilidade e de controlabilidade do fator de risco é parâmetro de aferição de discriminação no seguro citado à exaustão pela doutrina securitária⁴³. O critério é copiosamente empregado para a delimitação de *sinais suspeitos* pelo legislador e pela jurisprudência. Por exemplo, a Constituição Federal, ao elencá-los no art. 3º, IV, faz apenas menção a aspectos alheios ao querer do agente: “origem, raça, sexo, cor, idade”. A Suprema Corte norte-americana, em *Frontiero v. Richardson*, considerou o gênero como fator suspeito de classificação, sob o fundamento de que ele “é uma característica imutável determinada somente por acidente de nascença”⁴⁴. O mesmo raciocínio foi central quando da proposição inicial da Comissão Europeia a fim de se elaborar a Diretiva do Conselho com vistas a implementar o princípio da igualdade de gênero no acesso a bens e serviços⁴⁵.

Parte da antipatia coletiva à utilização de atributo genético como signo segmentador decorre exatamente de que ele independe de ato volitivo, fazendo recair carga menor de responsabilidade sobre o seu portador⁴⁶.

Luís Poças é contrário a tal concepção, contra-argumentando que diversos estados clínicos igualmente alheios à vontade são frequentemente utilizados nos seguros, não se justificando um regime privilegiado que recaia sobre a informação genética⁴⁷.

Sem embargo, penso que a involuntariedade do fator genético, assim como se dá com fatores não genéticos igualmente incontroláveis, serve como elemento de reforço argumentativo juridicamente válido para justificar algumas limitações à segmentação de risco,

⁴¹ RAWLS, John. *Op. cit.* p. 13-15.

⁴² WORTHAM, Leah. *Op. cit.* p. 884.

⁴³ Entre outros, Stela Barbas caminha na mesma orientação: fatores para os quais o indivíduo tem, ao menos em parte, “responsabilidade no curso do seu destino” não deveriam ser tratados da mesma maneira que aqueles que, como as predisposições genéticas, são meras heranças acidentais. Para ela, a questão precisaria servir de elemento ponderativo na elaboração da legislação (*Op. cit.* p. 609).

⁴⁴ Tradução livre. 411 U.S. 677 (1973).

⁴⁵ DEVOET, Claude. Assurance, différenciation et discrimination. In: *Le Droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*. Direction de Patrick Wautelet. Liège: Anthemis, 2009. p. 69-70.

⁴⁶ THIERY, Yves; SHOUBROECK, Caroline Van. Fairness and Equality in Insurance Classification. *The Geneva Papers*, 31(2), 2006. p. 197.

⁴⁷ POÇAS, Luís. *Op. cit.* p. 769.

contanto que não isoladamente, como será mais bem explanado abaixo⁴⁸.

6. O fator genético: suspeição relativa do signo

Outro argumento que corroboraria a tese pela impossibilidade de utilização de testes genéticos na contratação de seguro consiste em que a prática, ainda que lastreada em premissas atuariais fidedignas, poderia aguçar discriminações odiosas. A ilação, contudo, precisa analisada com cautela.

Quanto ao tema, é correto afirmar que, de fato, alguns critérios de distinção intersubjetiva nos seguros, independentemente da sua fiabilidade como referência atuarial, sofrem censura moral. Tais critérios foram incorporados a diplomas jurídicos de feição genérica. O art. 1º, IV, da Constituição Federal, por exemplo, prevê uma série de critérios distintivos suspeitos: origem, raça, sexo, cor e idade.

Remanesce, não obstante, dificuldade metodológica para se definir – mormente quando não o faz o legislador infraconstitucional – quais seriam esses fatores de uso condenável no campo específico dos seguros. A suspeição, vale destacar, independe de sua previsão expressa no texto constitucional e em leis esparsas, dado o caráter expansivo do princípio da dignidade da pessoa humana e a exemplificidade dos catálogos de direitos fundamentais e de direitos da personalidade. Por outro lado, nem todo atributo listado de maneira genérica como vedado nos diplomas normativos é em absoluto proscrito nos seguros – a sua presença no rol apenas indica a fumaça de ilicitude, mas esta pode ser afastada a depender do contexto e do nível de reprovação que recai sobre sua utilização.

Vale observar que nos Estados Unidos sequer existe catálogo constitucional de signos vedados. Tendo em conta isso e, em paralelo, a ideia de variabilidade de grau de suspeição social de uso de predicados humanos, a Suprema Corte desenvolveu parâmetros para a aferição da juridicidade de medidas que importam em tratamentos desiguais. A própria expressão *socially suspect classifications* nasceu no debate sobre a interpretação da *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda.

A concepção básica da Corte é a de que, na apreciação de conformidade de atos estatais (ou análogo a eles) com a Décima Quarta Emenda, não se inviabiliza em abstrato a adoção de determinado critério, mas se distingue o ímpeto do *escrutínio judicial* a depender do

⁴⁸ Nesse sentido, QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 16, maio 2022, p. 62-64.

nível de repúdio social da medida. Vale dizer que os atos que destinam tratamentos diferenciados entre grupos são considerados válidos, contanto que respaldados em uma “base racional” (*rational basis*); mas, para alguns critérios tidos como suspeitos, requer-se um rigor mais intenso no controle de validade.

Nesse sentido, a Suprema Corte se utiliza de alguns parâmetros, como: (a) o histórico de discriminação contra o grupo em apreço; (b) a capacidade de a característica diferenciada do grupo beneficiar a sociedade; (c) a imutabilidade da característica diferenciada; e (d) a vulnerabilidade do grupo a que se destina o tratamento diverso, levando-se em conta o seu déficit de representatividade política. Mencionados *standards* possuem a serventia de identificar as classificações suspeitas e ainda de definir o quanto elas seriam suspeitas, a fim de estabelecer o nível de escrutínio. Baseados nesses critérios, religião⁴⁹, raça⁵⁰ e origem⁵¹ foram identificadas pela Corte como qualificações extremamente suspeitas e, destarte, sujeitas ao nível mais elevado de desconfiança (*strict scrutiny*). Ao lado desse grupo, identificam-se traços, como o gênero, em que o controle é de intensidade intermediária: são as denominadas características quase suspeitas (*quase-suspect characteristics*)⁵².

O raciocínio vale para os países de tradição romano-germânica, inclusive o Brasil, por conta da elasticidade do rol de traços interditos e da variedade de grau de suspeição na utilização de cada um deles.

No caso do fator genético como critério de diferenciação entre pessoas, paira *certo grau* de suspeição. Questionamentos sobre a sua licitude decorrem muito da evocação do nacional-socialismo alemão e de sua obsessão em fomentar a reprodução geneticamente evolutiva e em eliminar traços genéticos *defeituosos*. Sob essa visão, promoveu-se uma esterilização forçada e até mesmo o extermínio de portadores de doenças genéticas⁵³. Esse

⁴⁹ *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

⁵⁰ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

⁵¹ *Oyama v. State of California*, 332 U.S. 633 (1948). Aliás, mesmo o STF brasileiro considera a discriminação de origem como extremamente repulsiva, a ponto de alargar o universo de destinatários de direitos e garantias fundamentais ao estrangeiro não residente no país, mesmo contra a literalidade do *caput* do art. 5º da Constituição (HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 27/2/2009).

⁵² AVRAHAM, Ronen *et al.* *Op. cit.* p. 17.

⁵³ LEMKE, Thomas. A Slap in the Face. An Exploratory Study of Genetic Discrimination in Germany. *Genomics, Society and Policy*, v. 5, n. 2, p. 22-39, 2009.

Também os Estados Unidos tiveram história de esterilização forçada respaldada em discursos eugênicos mesmo antes do regime totalitário alemão do Terceiro Reich (LOMBARDO, Paula A. *A century of Eugenics in America: from the Indiana experiment to the human genome era*. Indiana: Indiana University Press, 2011. p. 1.)

A própria Suprema Corte norte-americana, em *Buck v. Bell* – 274 U.S. 200 (1927), considerou constitucionais as leis de esterilização compulsória em caso que envolvia uma mãe solteira de 17 anos com transtornos mentais, que teve, sem seu consentimento, desligadas suas tubas uterinas. O *justice* Oliver Wendell Homes expressamente aduziu que a política impugnada no caso era legítima, pois seria “melhor para o mundo inteiro se (...) a sociedade impedi[sse] que pessoas manifestamente inadequadas continuem a se reproduzir”. A tradução é extraída da obra

esboço histórico tem conduzido a um apelo à proteção de grupos com tais traços genéticos e a um crescente sentimento coletivo de que se estaria diante de uma categoria socialmente suspeita⁵⁴.

Entretanto, como explicitado, a suspeição que recai sobre signos de identificação humana possui variações de intensidade. O fator genético se enquadra na categoria de sinais socialmente suspeitos, mas a suspeição se opera de forma mais amena que outros fatores, denominados extremamente suspeitos, como raça, orientação sexual e origem nacional ou regional. Para esses, o mero uso, na maioria das vezes, sofre alta reprovação jurídica. Tanto que a Constituição Federal não prevê atributos genéticos no rol de signos suspeitos.

Deixando-se de lado, porém, o elemento gramatical dessa lista constitucional (que, consoante afirmado, é meramente exemplificativa), é questionável se sobressairia relevante associação implícita negativa em relação a pessoas com base genética por si mesma a tal ponto de equipará-la a signos extremamente suspeitos.

Historicamente a estigmatização de pessoas portadores de patologias genéticas decorreu mais da manifestação dos sintomas da doença do que pela existência apenas do atributo genético em estado ainda latente. O que, por exemplo, respaldou a ascensão de políticas eugênicas na primeira metade do século passado foi a difusão de ideias já ultrapassadas de melhoramento dos seres humanos baseadas na teoria da evolução, mas o alvo do tratamento discriminatório eram os portadores já sintomáticos de doenças genéticas. E isso conduz-nos de forma mais acentuada à caracterização da discriminação de deficientes físicos e mentais do que propriamente daquela que recai aos portadores assintomáticos de *genes problemáticos*.

Por isso, talvez não haja um enraizamento na sociedade de um forte preconceito pela só presença de traço genético.

Jill Gauling, no mesmo sentido, entende que classificação baseada em elementos genéticos não é altamente suspeita (*highly suspect*), tendo em conta a ausência de um histórico discriminatório à semelhança da discriminação racial, mormente porque a classificação de pessoas por meio de exames laboratoriais de DNA é relativamente recente⁵⁵.

Assim, se eventual estigma social depreciado decorre com relevo maior da efetiva manifestação da patologia genética, surge questão relevante atrelada ao princípio da igualdade.

de Michael Sandel que narra o histórico do movimento eugenista norte-americano e seu cotejo com a eugenia nazista (SANDEL, Michael. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: CB, 2013. p. 77-82).

⁵⁴ AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle D.; SCHWARCZ, Daniel Benjamin. Explaining Variation in Insurance Anti-Discrimination Laws. *Law & Economics Working Papers*, 2013, p. 26-27.

⁵⁵ GAULDING, Jill. *Op. cit.* p. 1686.

Não se deveria, por questão de coerência, destinar menor proteção jurídica justamente aos portadores já sintomáticos da patologia. Ou seja, só existiria razão para se interditar completamente a categorização de risco advindo de doença genética se igual interdição fosse endereçada também aos portadores da mesma característica, porém já exteriorizada.

De toda forma, assim como se dá pela falta de voluntariedade, o potencial discriminatório de traços genéticos – ainda que não seja em nível extremo – pode servir de *standard* para legitimar restrições estatais à segmentação de riscos nos seguros, desde que em conjunto com outros elementos do sistema jurídico. Mas a distinção genética não é vedada em caráter absoluto.

7. A essencialidade contratual e o direito de não saber

Outra preocupação que emerge no debate sobre discriminação genética no seguro é com o acesso a bens e serviços essenciais. À medida em que o seguro realiza uma necessidade fundamental, como o acesso a serviços médico-hospitalares (seguro-saúde) e ao emprego (seguro coletivo de acidente de trabalho), intensificar-se-iam os deveres de solidariedade do segurador de modo a se reduzir o peso da sua autonomia contratual⁵⁶.

O seguro pode ser – não necessariamente será – instrumental ao exercício de direitos fundamentais. Quando o for, tenderá a ser mais intensa a sindicância estatal perante a recusa contratual ou a fixação agravada de bases da avença, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). A tutela da acessibilidade justifica, *v.g.*, o amplíssimo rol de regras antidiscriminatórias direcionadas aos planos de saúde, sem paralelo às demais espécies de seguro.

Em ordenamentos como o brasileiro, em que a dignidade da pessoa humana figura na Constituição e se admite a incidência ocasional do princípio às relações privadas, não se pode negar em abstrato o papel da essencialidade como vetor de restrição da autonomia negocial do segurador, para além das restrições situadas em nível infraconstitucional.

A dignidade pressupõe a garantia de condições materiais mínimas para o efetivo exercício da autonomia do sujeito, o que pressupõe a fruição de bens e serviços elementares, como educação, saúde, habitação, vestuário e alimentação⁵⁷. Decerto, o Estado é o principal

⁵⁶ Sobre a essencialidade do seguro como parâmetro de restrição da segmentação de risco, Cfr. QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 16, maio 2022, p. 50-56.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 512; ainda sobre o tema,

agente de promoção desses direitos sociais, mas eventualmente os particulares também o são, dentro de matizes próprias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Na jurisprudência brasileira, a proteção do mínimo existencial em relações privadas tem aparecido com certa frequência⁵⁸.

É pertinente, nesse aspecto, a compreensão de Teresa Negreiros de que teoria contratual não pode ser indiferente às necessidades humanas. A partir dessa premissa, a jurista propõe, em agregação às tradicionais classificações de bens, a divisão entre bens supérfluos e essenciais, levando-se em consideração a sua destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante. Daí surge o prólogo: quanto mais essencial for o objeto, maior deve ser a intervenção estatal⁵⁹.

É ainda importante salientar que, em contratos de seguro essenciais, a sua *inelasticidade*⁶⁰ infirmaria alegações alarmistas de potencialidade de eclosão de um ciclo temerário de seleção adversa⁶¹. As pessoas os pactuam mesmo diante preços exorbitantes.

Além disso, restrições mais acentuadas à segmentação nos seguros essenciais atendem, em grande medida, ao conjecturado *direito de não saber*, que consiste na feição negativa do direito à autodeterminação informativa. Ele resguardaria basicamente a opção do seu titular de ignorar certos aspectos da personalidade, entre os quais sua compleição genética e as correlatas enfermidades e propensões patológicas. São recorrentes as elucubrações sobre os potenciais efeitos psicológicos ruinosos que o conhecimento de traço genético ligado a um mal inevitável e gravoso surtiria no indivíduo⁶².

remete-se à célebre obra de Ricardo Lobo Torres, *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 81; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432; BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013. p. 63-77.

⁵⁸ Nesse sentido, entre outros, SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 213-214.

⁵⁹ NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 388-393.

⁶⁰ A elasticidade indica o grau de sensibilidade das reações dos agentes econômicos às alterações das condições fundamentais do mercado, incluindo os preços e outros elementos do negócio. A reatividade dos consumidores depende de uma série de fatores ligados à operação comercial, entre os quais: a sua substitutividade (se o consumidor possui alternativas à disposição que podem servir de sucedâneo para o atingimento de finalidade semelhante, a sua sensibilidade é maior) e a sua essencialidade (quando o negócio visa à satisfação de uma necessidade primária, a amplitude de reação do agente é minguada, ao passo que ela é maior quando o bem ou serviço atende a uma necessidade secundária ou mesmo supérflua) – ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 174-175.

⁶¹ Sobre o ceticismo de desencadeamento de um fenômeno de seleção adversa em seguros para os quais inexistente alternativa, em razão da extrema necessidade contratual, cfr. QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas Antidiscriminatórias no Seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *Temas Atuais de Direito dos Seguros*: tomo I. Ilan Golberg e Thiago Junqueira (coord.), São Paulo: RT, 2020, p. 103-105.

⁶² Cfr. MULHOLLAND, Caitlin. “O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica*.

Será, porém, que o direito ao esquecimento seria violado em caso de exigência de submissão à exame genético pelo segurador? A resposta é *a priori* negativa. Quando se fala em *exigência* nesse contexto, isso não significa que o segurador o realiza *manu militari*, desconsiderando a imprescindibilidade de prévio consentimento esclarecido do segurando. Cuida-se, ao revés, de requisito à contratação, à semelhança do que ocorre com outros tipos de exames clínicos e com informações individuais prestadas no formulário pré-contratual de riscos. Isso é análogo à prática de companhias de seguro que oferecem descontos nos seguros de automóvel em caso de o segurado permitir a instalação de dispositivo de localização georreferenciada no veículo. Abre-se mão, voluntariamente, de parcela da privacidade em favor do desconto.

Resta, de outro modo dito, a opção do segurando de não submissão a exames solicitados e, em contrapartida, ao policitado, o direito de recusar a proposta ou ainda precificar a dúvida.

Por outro lado, nos contratos *essenciais* de seguro é posto em dúvida até que ponto persiste a efetiva opção, pois na prática a imprescindibilidade do serviço pode ter o efeito de tornar a condicionante indeclinável. Por essa razão, as restrições à segmentação com lastro em exames genéticos nos contratos securitários essenciais acabam, em caminho transversal, por tutelar o direito de não saber.

Ainda não se deixa escapar o fato de que a maioria dos seguros essenciais é de baixo valor de capital contratado, o que impede que sua celebração configure meio de enriquecimento facilitado em prol do portador da patologia ou de terceiro beneficiário. Todavia, nem sempre isso vai acontecer.

Aqui reside ponto central do debate: em seguros de vida, em que inexistente limite para o montante de indenização, seria possível que o portador de uma doença genética letal, conhecedor de sua condição, valha-se da ignorância ou de restrições jurídicas à autonomia do segurador para contratar seguro de valores substanciais manifestamente desequilibrados? É difícil se chancelar a conduta, ainda mais porque o desequilíbrio se dá em detrimento da higidez empresarial e de todos os partícipes do fundo securitário. O direito de controle de informações

com: Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 1, n. 1, p. 1-11, 2012.; VIOLA, Mario *Op. cit.* p. 418-419.

A existência desse direito, entretanto, não é imune a questionamentos, ainda mais quando a ignorância deliberada é potencialmente lesiva a terceiros. Tecendo críticas ferrenhas ao direito de não saber as próprias informações genéticas, voltadas aos seguros, cfr. EPSTEIN, Richard A. *Op. cit.* p. 7-13.

Tendo em vista a complexidade do tema e o objeto do presente trabalho, não se delongará o assunto. Parte-se do pressuposto de que esse direito é juridicamente reconhecido (embora com mitigações), sem se adentrar em detalhamentos sobre suas delimitações normativas.

peçoais não deve ser tido como cristal intocável. Como os demais direitos, é potencialmente exercível fora das suas finalidades legítimas, recaindo sobre o ato abusivo contenções jurídicas.

Por outro prisma, é precipitado se negar que o pagamento de indenização em caso de morte ou de sobrevivência não satisfaça algum imperativo existencial. Mas é preciso cautela. A vida é bem essencial por excelência, o que pode conduzir à conclusão reflexa de que o seguro de vida também o é. Todavia, a ilação não deve ser tão rasa, haja vista que sua pactuação não visa assegurar *a vida*, mas sim *respaldar financeiramente* o beneficiário em caso de morte ou sobrevivência⁶³.

Será que o seguro de vida é funcionalizado à satisfação de uma necessidade humana existencial? Até determinado limite, a resposta é afirmativa. Com o falecimento do esteio da família, a indenização pode ser considerada imprescindível para a manutenção das necessidades básicas dos seus dependentes supérstites. Na velhice, o capital pago em prestações pode ser tido como extremamente importante para a complementação de renda, a fim de fazer frente aos gastos crescentes decorrentes da idade avançada (aquisição de medicamentos e pagamento da mensalidade majorada de plano de saúde).

Porém, a ausência de teto legal para a fixação do benefício (art. 789 do Código Civil) tem o condão de que o seguro de vida tanto possa servir para a garantia da manutenção de necessidades básicas quanto ser fonte de conservação de alto padrão financeiro ou mesmo de enriquecimento. A extensão desmensurada de normas antidiscriminatórias nesse campo é antifuncional, além de colocar em risco a higidez e solvência do fundo mutuário por conta da potencialidade agravada de seleção adversa.

Por isso, alguns ordenamentos jurídicos, como a seguir se observa, adotam solução intermediária: estabelecem um limite de capital contratado abaixo do qual ficam os seguradores proibidos de se fiarem em instruções genéticas; para os contratos de montante superior, a exigência é permitida (cfr. tópico 10).

8. Estímulos variados à pactuação do seguro em razão do tipo de traço genético

⁶³ O seguro de vida é “um seguro sobre a incerteza da duração da vida humana” (TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Roncarati, p. 237). De acordo com o risco suportado, ele é comumente categorizado em seguro de vida propriamente dito (para o caso de morte do segurado ou de terceiro) e seguro de sobrevivência. Nesse caso, a indenização é paga caso o segurado atinja determinada idade ou se estiver vivo a certo tempo. A prestação do segurador pode ser fixa ou na forma de renda. (GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Seguros privados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 128)

A depender do tipo de traço genético em jogo, seu diagnóstico gera alterações diferentes nos estímulos à pactuação do seguro. Há doenças monogênicas letais, consoante outrora mencionado, sobre as quais recai certeza ou probabilidade altíssima de manifestação da patologia. Ao portador, diante do diagnóstico, resta como possibilidade de reação a internalização com vistas à preparação psicológica⁶⁴ ou, eventualmente, a adoção de tratamentos paliativos para o retardamento dos sintomas.

Na zona intermédia, existem patologias genéticas sérias igualmente inevitáveis, mas que, uma vez diagnosticadas, permite-se ao indivíduo a adoção de medidas para amenizar ou até mesmo neutralizar os seus efeitos⁶⁵. É o caso da fenilcetonúria, em que o portador é incapaz de metabolizar adequadamente moléculas de aminoácido denominado fenilalanina, que se acumulam no organismo causando lesões cerebrais gravíssimas e irreversíveis. Porém, com diagnóstico precoce e dieta especial, pode-se levar uma vida normal⁶⁶.

Por fim, uma infinidade de traços genéticos indica meras predisposições a patologias. Para eles, remanesce expressiva imprecisão inclusive sobre se a moléstia se concretizará, porquanto seu aparecimento depende de múltiplas concausas, como hábitos inadequados do portador, alcoolismo, tabagismo, sedentarismo, idade, gênero, razões emocionais e insalubridade ambiental.

Perceptível que o nível de certeza de materialização de dano segurável ligado a atributos genéticos é proporcional aos estímulos à celebração de seguro para sua cobertura. O diagnóstico de doença monogênica mortífera terá maior influência no *animus* do seu portador para a contratação de seguro com cobertura de morte; o de doença incapacitante exercerá assemelhado estímulo para contratar um que tenha como risco coberto a invalidez laboral. Porém, a interferência no intento negocial será menor quando o exame apontar somente para uma probabilidade levemente mais acentuada que as ordinárias de contrair uma doença grave ou ainda muito acentuada de contrair uma de gravidade reduzida.

Por linha de raciocínio parecida, Stela Barbás sugere, diante da colisão de interesses em jogo, uma duplicidade de regime jurídico a depender do tipo de traço genético revelador de uma anormalidade: uma para doenças monogênicas, pois são elevadas as chances de o potencial segurado que tiver se submetido a teste poder disso se valer para contratar seguro de

⁶⁴ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Op. cit.* p. 607.

⁶⁵ EPSTEIN, Richard A. *Op. cit.* p. 3.

⁶⁶ NUPAD. *Fenilcetonúria*. Disponível em: <<https://www.nupad.medicina.ufmg.br/topicos-em-saude/fenilcetonuria/>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

indenização excessiva; outro, para predisposições, porque, nessa hipótese, a carência de certeza quanto à realizabilidade do dano, em cotejo com outros tantos argumentos legítimos antidiscriminatórios, penderiam a balança ponderativa para a vedação⁶⁷.

A duplicidade de regime proposta pela autora lusitana é meritória, mas nem sempre será de fácil aplicação prática, pois acabaria simplificando pelos extremos uma multiplicidade vasta de conjunturas. Existem situações intermediárias entre a doença monogénica fatal e a mera predisposição. Como antes se considerou, há patologias monogénicas leves e outras graves de efeitos administráveis. Quanto às predisposições, elas podem variar significativamente em relação à probabilidade de se manifestarem: pode-se estar diante de um percentual ínfimo ou elevadíssimo. E o grau de intensidade das anormalidades predispostas pode ser de matizes diversificadas, de doenças vulgares de efeitos estéticos, como calvície, àquelas mais letais. Não vejo, por isso, razão para que uma predisposição elevadíssima a uma patologia grave não possa eventualmente ser considerada fator de risco no seguro, ao passo que uma doença monogénica de gravidade mediana possa ser. De outro lado, a duplicidade de regime geraria inegável insegurança jurídica, diante da variabilidade de cenários possíveis.

Uma forma de restringir companhias de seguro de se valerem de classificações genéticas desprovidas de base científica seria, como exposto no tópico 4, alocar nelas o ônus de fundamentação de decisões negociais de agravamento das condições contratuais. A consequência natural será que predisposições insignificativas ou de incipiente lastreio científico sejam ignoradas.

9. A menoridade do segurado e a discriminação genética

A Lei Geral de Proteção de Dados, em obséquio ao princípio constitucional do melhor interesse (art. 227 da Constituição), expressamente previu norma protetiva que restringe o tratamento de dados de crianças e de adolescentes às situações em que for de seu próprio benefício (art. 14).

Creio, todavia, que essa regra, caso levada às últimas consequências, é condutível ao abuso de direito. Segundo já visto, diversas doenças genéticas são detectadas desde muito cedo e reduzem drasticamente a duração de vida do indivíduo (p. ex., Distrofia de Duchenne).

⁶⁷ A proposição da autora é expressamente *de lege ferenda*, porquanto em Portugal a matéria é regulamentada de forma diversa, no sentido de total proibição (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Op. cit.* p. 615-621).

Se os pais, ao tomarem ciência do resultado do teste genético positivo, contratam seguro de vida de montante milionário para o filho os inscrevendo como beneficiários, será que poderiam omitir a informação na declaração inicial de risco, prevalecendo-se da assimetria informativa para lograr contrato leonino em seu favor? Ou, caso o filho ainda não tenha realizado o exame, mas o histórico familiar indique uma chance significativa de presença do caractere genético defeituoso, estaria o segurador absolutamente interdito de solicitar o exame como condição para a celebração do seguro?

A *ratio* do dispositivo legal da LGPD não reside em se proteger por si mesmos os dados do menor de idade. O objetivo é a não instrumentalização do sujeito que se faz representar externamente por seus sinais, os seus dados pessoais. Se o direito admite que os pais se nomeiem beneficiários em seguros de vida para a cobertura de danos contra seus filhos menores, não vejo como isso não possa se revelar, a depender do montante do capital coberto, uma instrumentalização do incapaz. Contudo, como o próprio ordenamento jurídico a admite, não há razão também para deixar de se tolerar certa maleabilidade no regime e admitir excepcionalmente a condicionante. Do contrário, abrir-se-iam as portas à fraude. Mas, por certo, eventual tratamento deve ser acompanhado de todos os contrapoderes respectivos (direito de oposição, dever de guarda e sigilo etc.). Mesmo porque a celebração do contrato já terá resultado no tratamento de outros dados pessoais do incapaz.

Situação diversa é daqueles seguros em que o beneficiário é o próprio incapaz, notadamente os que atendem alguma de suas necessidades basilares, como é a hipótese de contratação de plano de saúde. Nesse sentido, o regime proibitivo é plenamente justificável. Ele, inclusive, está contemplado no art. 11, § 5º, da LGPD.

10. Experiências normativas estrangeiras

Nos Estados Unidos, é proibida a segmentação genética de risco nos seguros de saúde⁶⁸. Isso se dá em grande medida pela ausência de um sistema público de saúde naquele país. Subsistem também limitações absolutas ou relativas mais específicas, no nível estadual, voltadas ao seguro-invalidez, por conta também do seu caráter essencial, tendo em vista inexistir igualmente uma forte rede pública protetiva perante a cessação temporária ou definitiva de capacidades laborativas. Em outros tipos de seguro, como o seguro de vida, há poucas restrições ao uso de informações genéticas. Comumente elas são fundadas na cláusula aberta da vedação de *unfair discrimination*. Isso na prática permite a segmentação genética com esteio em lastro técnico-atuarial, principalmente naqueles seguros de valores significativos⁶⁹.

Na Europa, o cenário é, em grande parte, diverso: a maioria dos países conta com rede pública de saúde de caráter universal e ainda com previdência social robusta. Ademais, dispõe de austera legislação protetiva de privacidade, de modo que a confidencialidade de informações médicas (genéticas, inclusive) é vigorosamente resguardada. Ainda assim, o tratamento de informações genéticas no seguro é extremamente restringido⁷⁰.

França⁷¹, Bélgica⁷², Portugal⁷³ e Áustria⁷⁴, somente para exemplificar, vedam o uso de dados genéticos pelas companhias de seguro em caráter absoluto, mas sofrem intensas críticas da doutrina especializada pela extremidade do tratamento normativo proibitivo⁷⁵.

Em outros países europeus, o tratamento legal é mais criterioso e, assim, a vedação

⁶⁸ Cfr. título 1 do *Genetic Information Nondiscrimination Act* – Gina, de 2008, disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-110hr493enr/pdf/BILLS-110hr493enr.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2023.

⁶⁹ Segundo estudo analítico capitaneado por Avraham, Logue e Schwarcz, no seguro de vida apenas um Estado impede em absoluto o uso pelos seguradores do material genético; poucos possuem fortes restrições, sendo que a mais comum delas pauta-se na vedação genérica de *unfair discrimination*. No seguro-invalidez, quase metade permite expressamente se utilizar de informações genéticas; em alguns, inexistente interdição expressa; em outros, subsiste coibição absoluta ou forte limitação. Também no seguro de propriedade, a vedação ao uso dos dados em testilha, na maioria dos entes da federação, dá-se com esteio igualmente na *unfair discrimination*. Alguns poucos obstam em absoluto o manuseio do critério. No extremo oposto, em dois Estados autoriza-se expressamente, ao passo que, em outros, as companhias são livres por ausência de proibição. Algo semelhante ocorre no seguro de automóvel, em que o regime rigoroso se assenta na essencialidade jurídico-contratual advinda da obrigatoriedade de celebração (AVRAHAM, Ronen *et al.* Understanding ... *Op. cit.* p. 46 e 51).

⁷⁰ LEMMENS, Trudo. Selective Justice, Genetic Discrimination, and Insurance: should we single out Genes in our Laws. *McGill Law Journal*, v. 45, 347, p. 390, 2000.

⁷¹ O art. 1.141-1 do Código de Saúde Pública (*Code de la Santé Publique*) impede que empresas e entidades que oferecem garantia de riscos de invalidez e de morte levem em conta os resultados de testes genéticos, ainda que sejam voluntariamente transmitidos pela pessoa. A regra é reiterada pelo *Code des Assurances* (art. L133-1).

⁷² O art. 58 da lei belga sobre seguros terrestres de 4 de abril de 2014 exclui os dados genéticos do dever de informação do proponente ao seguro. O seu art. 61, ao prever a possibilidade de exigência pelo segurador de exames médicos, inviabiliza que eles digam respeito ao estado de saúde futuro por meio de análise genética.

⁷³ Arts. 11º e 12º da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, sobre informação genética pessoal e informação de saúde.

⁷⁴ Art. 67 da *Austrian Gene Technology Act* de 2000.

⁷⁵ Cfr. críticas de Stela Barbas, Luís Poças, Bardey David e Philippe de Donder, já mencionadas neste artigo.

não chega a ser total. É o que ocorre na Alemanha⁷⁶, Suíça⁷⁷, Reino Unido⁷⁸ e Suécia⁷⁹. As limitações à segmentação genética nos seguros se baseiam, em geral, nos elementos a seguir sintetizados:

- (a) idade do segurado: os ordenamentos tendem a inviabilizar o uso de informação genética de menores de idade;
- (b) tipo de seguro: as maiores restrições são endereçadas a seguros de saúde ou seguros de incapacidade laboral nos quais se objetivam a manutenção de renda do segurado ou, eventualmente, em seguros de celebração mais expedita (como é o caso de seguro de viagem); por outro lado, existem menos restrições para seguros pessoais em que não haja restrições ao *quantum* pactuado (Ex: seguro de vida);
- (c) valor econômico do contrato: estabelece-se um piso monetário a partir do qual se possibilita o selecionamento de riscos com lastro em características genéticas;
- (d) a preexistência de teste genético em relação à proposta contratual: caso dos ordenamentos alemão e suíço, para os quais o segurador não pode exigir a realização do exame; porém, se ele já foi realizado pelo candidato a segurado, prevalece o dever de revelação (embora limitado pelas demais regras); e

⁷⁶ Como regra, na Alemanha, nenhum segurador pode demandar da contraparte exames genéticos ou mesmo requerer resultados de exames já realizados. Todavia, em relação aos resultados de exames já realizados, a exigência da respectiva informação é viável em certas hipóteses: quando se tratar de seguro de vida e de invalidez, e o valor do contrato exceder 300 mil euros ou a indenização em prestações periódicas não exceder a 30 mil euros por ano – Seção 4, § 18, da Lei de Exame Genético Humano, de 24 de abril de 2009 (Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG).

⁷⁷ Na Suíça, a regra geral é também a proibição. Assim como na Alemanha, o segurador não pode exigir a realização de exame genético como condição para contratar. Tampouco pode exigir a revelação dos resultados de exames outrora realizados para outros propósitos, quando se tratar de seguro social, seguro laboral, seguro relacionado ao pagamento de salários em caso de doença ou gravidez do empregado, seguro de vida com cobertura não excedente a 400 mil francos ou seguro voluntário por invalidez cuja indenização periódica não supere a 40 mil francos. Esses valores também são considerados pela soma em caso de cosseguro. A par disso, a exigência depende da confiabilidade técnica e médica da predição, e do valor científico para o cálculo do prêmio. Há regras sobre o sigilo da informação. O médico designado apenas informa ao segurador o grupo de risco em que o proponente se enquadra, e não o detalhamento dos traços genéticos (arts. 26-28 da Lei Federal sobre Testes Genéticos Humanos, de 8 de outubro de 2004).

⁷⁸ No Reino Unido, a Associação de Seguradores (*Association of British Insurers*) e o governo celebraram um acordo (*Code on Genetic Testing and Insurance*). Os seguradores concordaram em estabelecerem restrições ao uso de informações de testes genéticos. Os tomadores, de acordo com seus termos, podem divulgar informações desse tipo quando isso os beneficiar. Mas o uso desses dados fica obstado em algumas hipóteses (v.g., em seguros de viagem e de saúde). A utilização, por outro lado, é permitida expressamente para seguros de invalidez ou redução de capacidade laboral (*income protection insurance*), de vida (*life insurance*) e de doenças graves (*critical illness insurance*) quando os valores contratuais forem altos: £30,000 anuais, £500,000 e £300,000, respectivamente. O texto encontra-se disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/code-on-genetic-testing-and-insurance>>. Acesso em: 26 jan. 2023).

⁷⁹ Segundo a Seção 2 do Capítulo 2 da Lei Sueca sobre Integridade Genética, uma companhia de seguro pode investigar ou usar informações genéticas relacionadas à celebração, alteração ou renovação de um contrato, desde que o segurado tenha mais de 18 anos e o montante segurado seja de valor elevado.

(e) voluntariedade da revelação: em alguns diplomas normativos, permite-se, em determinados casos, o uso de informações genéticas fornecidas pelo tomador do seguro quando elas lhe forem benéficas (caso inglês).

11. Considerações finais

Não há no Brasil proibição absoluta de categorização genética de riscos nos seguros, salvo nos planos privados de saúde. Os dados genéticos não estão afastados do dever geral de revelação do candidato a tomador (arts. 765-766 do Código Civil).

A atuação segmentadora dos seguros não escapa, no entanto, de um juízo de merecimento de tutela, à luz dos preceitos normativos de feição mais genérica compulsados do ordenamento jurídico, ainda mais em razão da natureza sensível e suspeita dos dados pessoais genéticos.

O ônus de transparência do seu tratamento (dever de explicação/retificação/oposição), respaldado na boa-fé e em disposição da LGPD, é intenso. A segmentação genética, ademais, não deve, em regra, recair em seguros para acesso a serviços essenciais, como planos de saúde (que já conta com proibição expressa), previdência complementar, seguro garantia para financiamento habitacional ou estudantil e seguro de vida de razoável montante. Mas se, em especial no seguro de vida, os valores de indenização forem elevados, prevalece o direito da companhia de seguro de segmentar o risco com base em material genético.

Fica o alerta de que a carência normativa do tema é indesejável. Por exemplo, consoante defendido neste trabalho, o valor elevado do capital segurado pode ser levado em conta para efeito de se permitir o uso de dados genéticos. Mas o que seria considerado valor elevado? E que espécies de informações genéticas poderiam ser utilizadas por seguradores?

A lacuna legislativa, em paralelo à popularização dos exames genéticos, gera insegurança jurídica. Sem subsídios normativos específicos, intensifica-se ainda o risco de casuísmo de soluções do Judiciário.

Assim, *de lege ferenda* defende-se uma regulamentação do tema no país, que leve em conta a complexa colisão de interesses legítimos em jogo, em detrimento de soluções polarizadas e simplistas do tipo totalmente permitido/totalmente proibido.

Referências

- AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3., p. 488-500, Aug. 1970.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANTONIO, Katrien; CHARPENTIER. La tarification par genre en assurance corrélation ou causalité? *Risques: les cahiers de l’assurance*, n. 109, p. 97-100, mar. 2017.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- AVRAHAM, Ronen; LOGUE, Kyle D.; SCHWARCZ, Daniel Benjamin. Explaining variation in insurance anti-discrimination laws. *Law & Economics Working Papers*, p. 1-43, 2013. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/82>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- _____. Understanding insurance anti-discrimination laws. *Law & Economics Working Papers*, p. 1-52, 2013. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=law_econ_current>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Coords). *Comentários à lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARDEY, David; DONDER, Philippe de. Médecine personnalisée, tests génétiques et assurance santé: une tension exacerbée entre antisélection et discrimination des risques. *Revue d’économie financière*, n. 2, p. 201-212, 2017.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BECHARA SANTOS, Ricardo. *Direito de seguro no Novo Código Civil e legislação própria*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DEVOET, Claude. Assurance, différenciation et discrimination. In: *Le droit de la lutte contre*

la discrimination dans tous ses états. Direction de Patrick Wautelet. Liège: Anthemis, 2009. p. 63-135.

DINIZ, Maria Helena. O impacto da biotecnologia no direito à privacidade. In: MARTINS, Ives Gandra *et al.* *Direito à privacidade*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 77-80.

DO BÚ, Maysa Amanda Aquino. Discriminação da pessoa com base em suas informações genéticas e a proteção ao sigilo do patrimônio genético pessoal. *Revista da Defensoria Pública da União*, n. 7, p. 235-262, jan./dez. 2014.

EPSTEIN, Richard A. The legal regulation of genetic discrimination: old responses to new technology. *Boston University Law Review*, v. 74:1, p. 1-23, 1994.

FERIA BASILIO, Iluminada del Rocío. *La tutela del patrimonio genético del trabajador*. Albacete: Bomarzo, 2013.

GAULDING, Jill. Race, Sex and genetic discrimination in insurance: what's fair? In: 80 *Cornell L. Rev.*, p. 1646-1694, 1994-1995.

GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Seguros privados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito e discriminação genética. *Revista do Direito Privado da UEL*, v. 1, n. 2, p. 15-20, 2008.

JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: RT, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 354-400, mai./ago. 2013.

LEMKE, Thomas. A slap in the face. An exploratory study of genetic discrimination in Germany. *Genomics, Society and Policy*, v. 5, n. 2, p. 22-39, 2009.

LEMMENS, Trudo. Selective justice, genetic discrimination, and insurance: should we single out genes in our laws. *McGill Law Journal*, v. 45, 347, p. 347-412, 2000.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOMBARDO, Paula A. *A century of eugenics in america: from the indiana experiment to the human genome era*. Indiana: Indiana University Press, 2011.

MORAES JÚNIOR, Ariel Salete de. *Acesso às informações genéticas do trabalhador: discriminação genética e o livre consentimento esclarecido*. Curitiba: Juruá, 2016.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. <*Civilistica.com*>. *Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 1, n. 1, p. 1-11, 2012.

NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POÇAS, Luís. *O dever inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013.

QUINTANILHA DE OLIVEIRA, Leonardo David. Normas antidiscriminatórias no seguro: o difícil equilíbrio entre a eficiência e a justiça. *Temas atuais de direito dos seguros*: tomo I. Ilan Golberg e Thiago Junqueira (coord.), São Paulo: RT, 2020. p. 92-125.

_____. O dever de prestar declaração do risco no contrato de seguro e o Direito Civil Sancionatório. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 8, p. 20-63, maio 2018.

_____. Discriminação nos seguros: parâmetros jurídicos para delimitação da justa segmentação de riscos. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 16, p. 36-75, maio 2022.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVEZ, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, Fernando. *Datos de salud y datos genéticos: su protección en la Unión Europea y en España*. Granada: Comares, 2004.

SANDEL, Michael. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: CB, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da Silva. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: RT, 2020.

SIMONS, Alonso Núñez del Prado. Acceso a la información genética, sus riesgos y la posible discriminación. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 8, p. 113, maio 2018.

SPITZ, Mariana. Doença de Huntington e outras coreias. *Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto*, v. 9, n. 1, p. 29-38, 2010.

THIERY, Yves; SHOUBROECK, Caroline Van. Fairness and equality in insurance classification. *The Geneva Papers*, 31(2), p. 190–211, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Roncarati, 2016.

VIOLA, Mario. A manipulação genética e o contrato de seguro. *In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Diálogos sobre direitos civis*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

p. 407-425.

WORTHAM, Leah. The economics of insurance classification: the sound of one invisible hand clapping. *Ohio State Law Journal*, v. 47, n. 4, p. 835-890, 1986.

Recebido em: 02/02/2023

1º Parecer em: 07/04/2023

2º Parecer em: 16/05/2023