



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LAURA CERQUEIRA MASCARENHAS**

**A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO NA  
CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO**

Salvador  
2013

**LAURA CERQUEIRA MASCARENHAS**

**A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO NA  
CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**LAURA CERQUEIRA MASCARENHAS**

### **A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO NA CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013

A  
meus pais, formadores do meu caráter,  
pelo amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

A Dr. Valton Pessoa, pela disponibilidade e boa vontade para auxiliar na conformação do presente estudo.

A meus pais, grandes responsáveis pela minha evolução, pela paciência e auxílio em todos os momentos, principalmente nos mais adversos.

“Julgue seu sucesso por tudo que você teve que renunciar para conseguir”.

Dalai Lama

## RESUMO

A permanente inovação tecnológica cria meios cada vez mais fáceis de acesso à vida privada das pessoas, tendo as redes sociais grande parcela de responsabilidade. Uma das mais recentes formas de uso das redes sociais pelas empresas está relacionada à investigação do perfil dos candidatos para seleção de emprego. Vale lembrar que a relação descrita é uma relação pré-contratual, ainda não há compromisso entre as partes, nem há contrato preliminar, cabendo, portanto, discussão quanto a existência da relação e também quanto à competência Justiça do Trabalho para julgar possíveis litígios relativos ao assunto ora abordado. O processo seletivo, através de seus instrumentos, possibilita o acesso dos empregadores a informações quanto a aptidões físicas, psíquicas e comportamentais do indivíduo, assim como a informações pessoais. Permite também as redes sociais sejam apenas mais uma ferramenta, posto que as informações ali postadas são públicas, podendo ser utilizadas baseando-se no poder diretivo do empregador. Entretanto, prevalece a ideia que não pode o empregador, na busca por informações, adentrar na intimidade do candidato, caso não haja correlação com o cargo a ser preenchido. A investigação, pelo empregador, de características não inerentes às necessidades da função a ser exercida, podem conformar violação à intimidade do indivíduo, direito fundamental previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, bem como ao desrespeito ao princípio da não-discriminação, ensejando a configuração de responsabilidade civil. Caso haja a confirmação da conduta discriminatória do empregador por meio da utilização das redes sociais no processo seletivo, há a configuração do dano. Entre a conduta (ação) e o dano está presente o nexo de causalidade, posto que foi a conduta do empregador que ensejou a ocorrência do dano. Em assim sendo, resta clara a conformação da responsabilidade civil, com direito do candidato a indenização.

**Palavras-chave:** rede social; discriminação; processo seletivo; responsabilidade civil; direito à intimidade.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
des.	Desembargador
min.	Ministro
ONU	Organização das Nações Unidas
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
TST	Tribunal Superior do Trabalho
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2 DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO</b>	<b>13</b>
2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
<b>2.1.1 Conceito</b>	<b>14</b>
<b>2.1.2 Dimensões</b>	<b>15</b>
<b>2.1.3 Características</b>	<b>16</b>
2.2 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS	17
<b>2.2.1 Liberdade de opinião ou pensamento</b>	<b>17</b>
<b>2.2.2 Direito à privacidade</b>	<b>18</b>
2.2.2.1 Direito à intimidade	20
2.2.2.2 Direito à vida privada	21
<b>2.2.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana</b>	<b>22</b>
2.3 RELAÇÃO DE EMPREGO	24
2.4 CONTRATO DE TRABALHO	25
2.5 POSTURA DISCRIMINATÓRIA	26
<b>2.5.1 Conceito</b>	<b>28</b>
<b>2.5.2 Tipos de discriminação</b>	<b>30</b>
<b>2.5.3 A discriminação na legislação</b>	<b>33</b>
<b>2.5.4 Postura discriminatória do empregador e sua prova</b>	<b>37</b>
<b>3 A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO SELETIVO</b>	<b>41</b>
3.1 AS REDES SOCIAIS	41
<b>3.1.1 Conceito</b>	<b>43</b>
<b>3.1.2 Perfil do usuário</b>	<b>46</b>
<b>3.1.3 Tipos</b>	<b>46</b>
3.1.3.1 Diferenças	47
3.1.3.2 Formas de utilização	48
3.2 O PROCESSO SELETIVO	53
<b>3.2.1 Conceito</b>	<b>54</b>
<b>3.2.2 Principal função do processo seletivo</b>	<b>56</b>
3.3 IMPLANTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS DE SELEÇÃO	57
<b>3.3.1 Estratégias de seleção</b>	<b>58</b>
<b>3.3.2 Táticas ou modelos de seleção</b>	<b>59</b>

<b>3.3.3 Questões éticas e legais</b>	<b>59</b>
3.4 INSTRUMENTOS DE SELEÇÃO	60
3.5 UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NA ESCOLHA DO EMPREGADO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	62
<b>4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NA CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO</b>	<b>66</b>
4.1 DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL	66
<b>4.1.2 Contrato preliminar</b>	<b>66</b>
<b>4.1.2 Relação pré-contratual</b>	<b>68</b>
<b>4.1.3 Ônus da prova</b>	<b>71</b>
<b>4.1.4 Competência da justiça do trabalho</b>	<b>78</b>
<b>4.1.5 Responsabilidade civil</b>	<b>82</b>
4.1.5.1 Conceito	83
4.1.5.2 Classificação	84
4.1.5.3 Pressupostos da responsabilidade civil	86
4.1.5.3.1 <i>Conduta</i>	86
4.1.5.3.2 <i>Dano</i>	86
4.1.5.3.3 <i>Nexo de causalidade</i>	90
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda não se tem noção de todas as mudanças que a tecnologia proporciona na vida das pessoas. Muitas delas nem são percebidas. Mas uma das mudanças mais evidentes se deu na forma de comunicação. Se antes a comunicação entre os indivíduos era feita através de cartas e telefonemas, hoje tudo está ao alcance dos dedos bastando alguns cliques.

As redes sociais muito contribuíram para a constituição do atual cenário, facilitando o contato, a conversa, proporcionando o encontro virtual entre pessoas de qualquer parte do mundo. Essa facilidade também influenciou na forma de exposição das pessoas. Antes a exposição ocorria, em regra, por meio das publicações em jornais e revistas, e pelo aparecimento nos canais de televisão. Hoje a publicação de arquivos com fotos, vídeos, informações, pensamentos, ideias ou música ocorre de forma mais fácil e sem controle, com alcance mundial.

Se antes o anonimato era regra, hoje não é tanto assim. Vídeos postados por pessoas “anônimas” tem milhões de visualizações, imagens são compartilhadas e se espalham pelo mundo inteiro. Entretanto, toda essa evolução tem consequências positivas e negativas. Enquanto há a facilidade de comunicação, há também a dificuldade de se desfazer algo, de apagar. Uma imagem que permanece por cinco minutos na rede e é removida pode ter sido copiada e compartilhada por milhares de pessoas. Não há como voltar atrás.

Também não se pode ignorar que muitas atitudes tomadas pelos indivíduos no meio virtual podem causar danos. A exposição não intencional, por exemplo, é uma delas. Quando se fala em exposição não intencional significa que alguém divulga informações em qualquer formato (foto, vídeo ou mesmo ofensas por meio de declarações) do outro sem sua prévia autorização, gerando transtornos inimagináveis na vida do indivíduo.

As redes sociais podem também ser utilizadas nas empresas, que as adotam para uso interno de modo a facilitar a comunicação entre empregados (redes exclusivas destas empresas), ou por elas, como forma de marketing, de divulgação dos seus produtos. Mas não são essas as únicas formas de utilização dessas redes pelas empresas.

Quando elas realizam processo seletivo para contratação de empregado, diversos instrumentos são utilizados para obtenção de informações sobre os candidatos, ocorrendo muitas vezes a utilização das redes sociais para investigar e avaliar o perfil dos mesmos antes de efetuar a contratação. Essa análise pode ser útil na apreciação e até na eliminação do candidato. Tal interesse tem se mostrado crescente entre os empregadores, restando entretanto algumas dúvidas quanto a essa prática.

Há aqui que se avaliar uma potencial violação a direitos fundamentais, como o direito à privacidade, por exemplo. Também deve ser feita uma ponderação se ele pode ser sobreposto ao direito de acesso das empresas a informações públicas e o seu uso para tal finalidade. Há ainda que se debater sobre o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um princípio fundante da República Federativa do Brasil, sendo também princípio norteador do direito do trabalho.

A disponibilidade das informações gera uma polêmica passível de discussão quanto à utilização dessas redes sociais por parte dos empregadores durante o processo seletivo. Questiona-se se a investigação da vida privada pode ser utilizada para prejudicar o candidato na seleção de emprego. Ao mesmo tempo, a publicidade das informações é um forte argumento utilizado pelo empregador, devendo-se ponderar, porém, se o seu uso poderia ser considerado um meio discriminatório de avaliação do candidato.

O princípio da não-discriminação permeia todas as relações de emprego, e também deve ser respeitado durante a fase pré-contratual, ou seja, durante o processo seletivo até a escolha do candidato com sua consequente contratação. Suscita-se se, ao ficar demonstrada sua violação nesta fase ainda de negociações, restará para o empregador o dever de indenizar o candidato.

O presente estudo almeja aprofundar o tema proposto para análise da possibilidade de utilização das redes sociais como um dos muitos critérios na contratação do empregado, e as consequências que suscita sua utilização.

Para alcançar tal objetivo, inicialmente faz-se uma análise das relações pré-contratuais, se pode haver a conformação de relação pré-contratual na esfera trabalhista, de quem seria a competência para julgar tais demandas e se há a configuração de responsabilidade civil.

Posteriormente, o foco serão as redes sociais, com a conceituação, o perfil dos usuários e seus meios de utilização tanto pelos indivíduos quanto pelas empresas. Também serão avaliadas as diferenças entre elas e a possibilidade de utilização das redes sociais como fator discriminatório.

Ainda serão analisados os aspectos gerais dos direitos fundamentais, chegando à análise do direito à intimidade e à vida privada do cidadão. Far-se-á relação destes com o princípio da dignidade da pessoa humana e ponderar-se-á sobre a postura discriminatória dos empregadores frente aos candidatos presentes no processo seletivo.

Por fim, aprofundar-se-á o estudo sobre o processo seletivo, adentrando no conceito deste, sua função, os instrumentos utilizados para efetuar a escolha do candidato considerado mais apto, as questões éticas e legais, e, por derradeiro, analisar-se-á criticamente a utilização das redes sociais como um dos critérios utilizados para a contratação do empregado.

## 2 DO DIREITO À INTIMIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

As relações de trabalho são protegidas por princípios constitucionais, que buscam a maximização da justiça, considerados verdadeiros mandados de otimização. Estes princípios são também aplicados no âmbito do Direito do Trabalho, possuindo este, ainda, uma gama de princípios específicos que têm a função de proteger o trabalhador.<sup>1</sup>

Importante também reconhecer que a democracia, sistema adotado pela República Federativa do Brasil, está intimamente ligada à proteção e reconhecimento dos Direitos Fundamentais, não existindo ela sem a presença dos referidos princípios no ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

Um dos direitos fundamentais expressamente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, X<sup>3</sup>, o direito à intimidade é diretamente violado quando o empregador desfere tratamento discriminatório perante o empregado. Há, assim, desrespeito não só ao referido direito, como também a princípios que, apesar de não serem específicos do Direito do Trabalho, são aplicados às relações trabalhistas, merecendo precípuo respeito.

### 2.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Dirley da Cunha Jr., para a construção de um preciso conceito material dos direitos fundamentais e para que seja possível identificá-los por conteúdo comum, a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada como critério, pois que eles tornam manifesta a dignidade.<sup>4</sup> Resta então demonstrada a necessidade de conceituar os referidos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>2</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>4</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Op. cit.*

### 2.1.1 Conceito

Dirley da Cunha Jr. conceitua os direitos fundamentais como “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”.<sup>5</sup>

Os direitos e garantias fundamentais trazidos na Constituição Federal de 1988, no seu título II, foram subdivididos em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.<sup>6</sup> É através da expansão e afirmação dos mesmos em juízo que se mensura o grau de democracia de determinado país.<sup>7</sup>

Conforme entendimento de Alexandre de Moraes, “em regra as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata”.<sup>8</sup> Para o supracitado autor, esses direitos encontram limite nos demais direitos presentes da Constituição Brasileira. Havendo conflito entre eles, há que sopesar no caso concreto (fazendo uma ponderação de bens e interesses), não se cogitando o sacrifício, mas sim reduzindo proporcionalmente o alcance de cada um deles, buscando a harmonia do texto da Carta Magna e o real sentido da norma.<sup>9</sup>

Consubstanciando com o entendimento ora exposto, encontra-se o artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que diz:

#### Artigo 29

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.538.

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, CF: Senado, 1988.

<sup>7</sup> CUNHA, JR., Dirley da. *Op. cit.*, 2009.

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012, p.30.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>10</sup> UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2012

Dentre os diversos direitos fundamentais trazidos à tona pela Constituição da República Federativa do Brasil está o princípio da igualdade, que preconiza o tratamento a iguais na medida de sua igualdade e de forma desigual na medida em de sua desigualdade, donde resultam serem rechaçados privilégios e perseguições, sendo todos merecedores das mesmas oportunidades.<sup>11</sup>

Vale ressaltar a impossibilidade da utilização, pelos aplicadores do Direito, de leis e atos normativos que criem ou exacerbem discriminações e desigualdades arbitrárias.<sup>12</sup> No mesmo sentido, condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas provindas do particular não poderão ser aceitas, sob pena de ser ele responsabilizado civil e penalmente.<sup>13</sup>

No âmbito jurídico da relação de trabalho, estabelece a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, a proibição de práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, que só confirma o já traçado entendimento.

### 2.1.2 Dimensões

Antes denominadas gerações, entendeu-se ser preferível o termo dimensões dos Direitos Fundamentais. A expressão gerações pode ser erroneamente interpretada como alternância, de modo a pensar que uma geração poderia ser por outra substituída gradativamente. Mas, em realidade, a ideia é de complementaridade. Além da cumulatividade e complementaridade, é importante frisar sua indivisibilidade.<sup>14</sup>

Alguns autores consideram a existência de três dimensões, alcançando até seis, porém verifica-se que as opiniões convergem considerando três dimensões, que estão em constante transformação.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem cunho individualista e inspiração jusnaturalista, como os direitos à propriedade, à vida e à liberdade. Já os de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais. Estes possuem uma dimensão positiva, ao contrário da primeira dimensão, buscando o bem-estar social, proporcionando aos indivíduos direitos às prestações sociais estatais (como educação, saúde). Compreendem também os direitos de greve e sindicalização, por exemplo, denominadas “liberdades sociais”.<sup>16</sup>

Há ainda a terceira dimensão que engloba os direitos de solidariedade e fraternidade. Seu objetivo é proteger grupos humanos, assim sendo direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre eles estão os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz. Estes exigem esforços de todos para sua efetivação, pois possuem implicação universal.<sup>17</sup>

Dentre os direitos de primeira dimensão, quais sejam, os chamados direitos individuais, está o direito à privacidade, que se subdivide em direito à intimidade e direito à vida privada. Este merece especial atenção no presente estudo, posto que sua violação pelo empregador quando invade a privacidade do candidato ensejaria responsabilização daquele.

### 2.1.3 Características

Possuem os direitos fundamentais diversas características, como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, dentre outros. Eles não possuem cunho patrimonial, tendo a inalienabilidade como característica, que decorre da impossibilidade de negociá-los ou transferi-los. A irrenunciabilidade também merece destaque, já que, mesmo não sendo exercidos, não é possível renunciá-los.<sup>18</sup>

Por estarem em constante mudança, não se pode mais considerar os Direitos Fundamentais como absolutos. Quanto à imprescritibilidade (sempre podem ser exigidos), ela é evidente, já que a prescrição somente alcança a exigibilidade dos

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

direitos de cunho patrimonial, e não dos direitos de cunho personalíssimo, ainda que não sejam eles individualistas.<sup>19</sup>

Imperioso se mostra a análise dos direitos fundamentais violados quando da prática discriminatória perante o indivíduo em todas as áreas da sua vida, inclusive no que tange às presentes ou futuras relações de emprego.

## 2.2 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Preconiza Dirley da Cunha Jr. que os direitos individuais “visam a defesa de uma autonomia pessoal no âmbito da qual o indivíduo possa desenvolver as suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem interferência indevida do Estado e do particular”.<sup>20</sup> O direito fundamental à intimidade, que é um direito individual, é violado em diversas circunstâncias, a exemplo da postura discriminatória desferida a determinados indivíduos, sejam eles parte de grupos de minorias ou não, sendo, portanto, merecedor de atenção.

### 2.2.1 Liberdade de opinião ou pensamento

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, IV<sup>21</sup>, permite a liberdade de pensamento sob qualquer aspecto. É um direito fundamental que envolve a exposição do indivíduo ou de fatos sob diversas formas.

Segundo Dirley da Cunha Jr, “a liberdade de opinião constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.”<sup>22</sup>

Paulo Gonet preceitua que:

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>20</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.657.

<sup>21</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

<sup>22</sup> CUNHA JR., Dirley da. CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.665.

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano.<sup>23</sup>

A liberdade de opinião ou pensamento contribui para a sociabilidade do ser humano, e portanto deve ser respeitada, não devendo o empregador tirar proveito disto para obter informações dos candidatos ao emprego que em nada são pertinentes à atividade que será desenvolvida.

O indivíduo tem o direito de expressar suas opiniões. Quando o faz por meio das redes sociais, o alcance das declarações e manifestações de pensamento se multiplica de forma inimaginável. Quando o empregador, no processo seletivo, se utiliza de informações dos candidatos alheias ao cargo que quer preencher, está violando também o direito à liberdade de opinião ou pensamento, posto que ultrapassa o limite à liberdade de exposição das ideias dos indivíduos.

Existem limites ao referido direito fundamental, devendo ser ele ponderado, caso haja conflito com outro direito fundamental, mas esses limites não constituem objeto do presente estudo, motivo pelo qual não serão aqui aprofundados.

### **2.2.2 Direito à privacidade**

É pressuposto do direito à privacidade a competência exclusiva de divulgar ou não quaisquer informações e manifestações individuais, e também do destino das mesmas. “Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo os fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida”.<sup>24</sup>

Prelecionam Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco que “o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos

---

<sup>23</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.299.

<sup>24</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.528.

peçoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”.<sup>25</sup>

Este direito fundamental é utilizado amiúde pelo Direito do Trabalho, possuindo sentido mais amplo, abarcando a honra, a vida privada, a intimidade e a imagem das pessoas.<sup>26</sup>

Com frequência observa-se a violação da privacidade nos mais diversos campos da vida do indivíduo, dentre os quais, por exemplo, as relações de trabalho. Porém, a privacidade é expressamente protegida no art. 5º, X, da Constituição Brasileira de 1988<sup>27</sup>, o qual assegura serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, ressalvado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.<sup>28</sup>

Atualmente evidencia-se um antagonismo entre a proteção à privacidade do empregado e o avanço tecnológico, que permite a reunião de informações pessoais, violando ou não o direito à privacidade das pessoas. Assim, torna-se propenso o obreiro a buscar garantias no combate ao uso deturpado dos dados obtidos sobre sua individualidade.<sup>29</sup>

O direito à privacidade abarca tanto o direito à intimidade quanto o direito à vida privada.<sup>30</sup> Há necessidade precípua de estudo mais aprofundado dos referidos direitos, posto que, ao adentrar o empregador nas redes sociais para investigar o perfil do candidato, buscando informações que em nada condizem com a função a ser desempenhada, comete violação ao direito à intimidade do indivíduo.

A privacidade tem reclamado maior proteção, principalmente quando se refere aos perfis e dados expostos nas redes sociais. Infelizmente tornam-se cada vez mais danosas as violações à vida privada do obreiro, especialmente com o advento do

---

<sup>25</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.318.

<sup>26</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.

<sup>27</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>28</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, CF: Senado, 1988.

<sup>29</sup> SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do trabalhador. *In*: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTR, 2006, p.189-190.

<sup>30</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.529.

frenético avanço tecnológico. Entretanto, não acompanha o mesmo ritmo a legislação trabalhista, que ainda permanece omissa.<sup>31</sup>

### 2.2.2.1 Direito à intimidade

Todo o universo que acontece em reservado para o próprio indivíduo ou sua família, abrangendo sua residência e também o local onde trabalha faz parte do conceito de vida privada.<sup>32</sup> Paulo Gonet Branco restringe o direito à intimidade às “[...] conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”.<sup>33</sup>

Dirley da Cunha Jr. explica que “a intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho.”<sup>34</sup> Já a vida privada não é tão secreta quanto a intimidade. Está relacionada “a um viver entre os outros, mas que também exige uma certa reserva.”<sup>35</sup>

Para André Ramos Tavares, “[...] a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares”.

Este direito constitucionalmente tutelado se estende de forma intangível aos empregados, sendo uma forma de atacar as práticas discriminatórias que ocorrem no âmbito das relações de emprego. Entretanto, ela se estende também aos candidatos que passam por processos seletivos, caso não sejam escolhidos por força de decisão discriminatória. Sendo este o caso, pode o candidato pleitear indenização por danos morais e materiais<sup>36</sup>, com fulcro no artigo 5º, X, da

---

<sup>31</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.173.

<sup>32</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p.27.

<sup>33</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.318.

<sup>34</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009, p. 680.

<sup>35</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>36</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.529.

Constituição Federal, demonstrando-se plenamente possível a ocorrência de danos morais não só na fase contratual, mas também na fase pré-contratual.<sup>37</sup>

#### 2.2.2.2 Direito à vida privada

A vida privada não se confunde com a intimidade. Ela está relacionada com a vida em família, com as relações de amizade e no labor. Apesar de estar vinculada à convivência com outras pessoas, merece reserva.<sup>38</sup>

Preconiza André Ramos Tavares que a vida privada é “[...] o modo de ser, de agir, enfim, de viver de cada pessoa, em público ou perante o público. [...] Isso implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de imiscuir-se na vida privada ou de divulgar esta ao público.”<sup>39</sup>

Para João de Lima Teixeira Filho, vida privada envolve não apenas família, como amigos próximos e relacionamentos com grupos cujo acesso é restrito, sendo possível existir lesão pela conduta do empregador ao intervir neste âmbito limitado da vida do indivíduo.<sup>40</sup>

Nos dias atuais é difícil controlar a exposição da vida privada do ser humano. Com o avanço tecnológico, o que se observa é a constante invasão da mesma. Com um número cada vez maior de câmeras, nas ruas e em ambientes fechados, por exemplo, fica o indivíduo muito mais exposto.

A disponibilidade das informações pessoais, principalmente nos meios virtuais, faz com que o controle da disseminação destas seja deveras complicado. Muitas pessoas optam por expor sua intimidade e vida privada pelos mais diversos motivos. Porém, há casos em que a exposição não decorre da vontade do indivíduo, mas sim da má utilização ou descuido, muitas vezes decorrentes da falta de conhecimento para um adequado uso dos meios de comunicação, que ocorre com frequência na internet, por exemplo.

---

<sup>37</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.168-169.

<sup>38</sup> CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009.

<sup>39</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.541.

<sup>40</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p.29.

Um dos aspectos comuns ao direito à intimidade e o direito à não violação da vida privada é o fato de ambos serem oponíveis *erga omnes*.<sup>41</sup>

O fato do empregado estar inserido no âmbito da empresa, desenvolvendo atividades produtivas, não lhe retira os “direitos da personalidade”. A intimidade e a privacidade integram esses direitos, que são protegidos constitucionalmente. Apesar de não mencionados pela legislação trabalhista, podem ser oponíveis ao empregador.<sup>42</sup>

Apesar de ser o empregador titular do direito à liberdade e possuidor de poder diretivo, e apesar da subordinação do empregado ao empregador, não se justifica a violação à intimidade do obreiro em seu local de trabalho.<sup>43</sup> Em assim sendo, resta demonstrado o limite ao poder diretivo do empregador quando aduz o artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas a proibição ao tratamento com rigor excessivo desferido pelo empregador.<sup>44</sup>

### 2.2.3 Do princípio da dignidade da pessoa humana

A palavra princípio possui diversas acepções, porém cabe explicar sobre aquela utilizada no Título I da Constituição da República Federativa do Brasil. Os princípios possuem natureza variada, não sendo tarefa fácil a fixação de um conceito preciso e sintético.<sup>45</sup> Conforme entendimento de José Gomes Canotilho:

Os princípios fundamentais são princípios constitucionais politicamente conformadores do Estado, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, revelando as concepções políticas triunfantes numa Assembleia Constituinte, constituindo-se, assim, no cerne político de uma Constituição política.<sup>46</sup>

A dignidade da pessoa humana é um fundamento do estado democrático de direito, norteando, em sua totalidade, o ordenamento jurídico brasileiro. Daniel Sarmento

<sup>41</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.32.

<sup>42</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.33.

<sup>44</sup> Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: [...]

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Gomes *apud* CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.503.

chama a atenção para a primazia do indivíduo sobre o Estado.<sup>47</sup> Alice Monteiro de Barros explana que a dignidade humana é superior ao princípio da proteção, com ele não se confundindo. Relata a autora que o aludido princípio objetiva evitar o tratamento aviltante do obreiro, sendo aplicado nas mais diversas situações.<sup>48</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes explica que:

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contém os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.<sup>49</sup>

Frisa Daniel Sarmiento que “o princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas”.<sup>50</sup>

O ordenamento jurídico deve proteger o ser humano prioritariamente. Observa-se uma mudança de paradigma, dando maior enfoque às situações jurídicas extrapatrimoniais.<sup>51</sup>

Atualmente a maior dificuldade enfrentada pelo Direito é estabelecer um equilíbrio entre as escolhas individuais, que fazem parte da vida particular de cada um, e os valores fundamentais, para que sejam fontes de inspiração à confecção das leis.<sup>52</sup>

As incertezas vivenciadas hoje não cabiam no mundo de certezas do direito moderno. Também, “[...] a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade”.<sup>53</sup> Por conta delas, a proteção à dignidade da pessoa humana tomou o lugar da ampla liberdade, da autonomia do sujeito.<sup>54</sup>

---

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.111.

<sup>48</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>49</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.74.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p.113.

<sup>51</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p.75.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.71.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p.72.

<sup>54</sup> *Ibidem, loc. cit.*

A ordem jurídica brasileira é tocada pelo princípio da dignidade da pessoa humana em todas as áreas.<sup>55</sup> Sob a ótica do Direito do Trabalho, a dignidade protege o empregado contra as formas mais variadas de humilhação ou discriminação, constituindo o direito à intimidade uma das variáveis mais importantes da dignidade.<sup>56</sup> O referido direito está elencado no rol de direitos fundamentais encontrados na Magna Carta, onde é também explicitado o trabalho como um direito social.

Em sua obra, Francesco Santoni leciona que “a proteção da dignidade dos trabalhadores envolve também aspectos ligados à proteção da intimidade e ao respeito à vida privada”.<sup>57</sup>

Havendo invasão à intimidade de qualquer pessoa, inclusive do empregado e do candidato a emprego, viola-se diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. O mesmo ocorre quando há a prática discriminatória, seja dentro ou fora das relações que permeiam o Direito do Trabalho. Este princípio é valor fundante da democracia brasileira, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal.<sup>58</sup>

### 2.3 RELAÇÃO DE EMPREGO

A doutrina traz outro conceito de relação jurídica no aludido âmbito trabalhista, denominada relação de trabalho, existindo divergência entre os conceitos de relação de emprego e relação de trabalho. Faz-se necessário, assim, a elucidação dos conceitos de cada uma destas relações.

Segundo Mauricio Godinho, a relação de emprego “refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano”.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.84.

<sup>56</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>57</sup> SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do trabalhador. *In*: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 2006, p.187.

<sup>58</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>59</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 265.

Toda e qualquer contratação do trabalho humano encontrada na vida moderna está inserida na relação de trabalho. A relação de emprego, assim como outras formas de prestação de labor, estaria compreendida na relação de trabalho, sendo este o gênero onde se localizam as mais diversas formas de relação com obrigação de fazer encontradas no Direito do Trabalho.<sup>60</sup>

Estão inseridos na relação de emprego o empregador e o empregado, este último conceituado pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, como toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante recebimento de salário, enquanto o parágrafo único do mesmo artigo refere-se à impossibilidade de distinção relativa à espécie de emprego ou à condição de trabalhador, assim como entre o tipo de trabalho (intelectual, técnico ou manual).<sup>61</sup>

## 2.4 CONTRATO DE TRABALHO

O vínculo pactuado entre os sujeitos, denominado de contrato de trabalho, tem seu conceito no *caput* do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>62</sup>, que o define como o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.<sup>63</sup> Este conceito, no entanto, é alvo de críticas, ante o entendimento de que cria a relação jurídica, e não propriamente corresponde a ela.<sup>64</sup>

Luciano Martinez define o contrato de emprego como:

[...] o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

<sup>61</sup> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

<sup>62</sup> Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidente da República.

<sup>64</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>65</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.124.

É no contrato de trabalho que os sujeitos estabelecem as prestações exigíveis da relação que se quer pactuar. Porém, o foco do presente estudo se dirige a momento anterior ao estabelecimento do contrato de trabalho ou de emprego. A seleção do candidato ao emprego possui diversas fases, nas quais diferentes características são buscadas pelo empregador. Configuraria, portanto, uma relação pré-contratual.

## 2.5 POSTURA DISCRIMINATÓRIA

No Brasil observa-se uma contradição em relação à postura discriminatória. Assim, embora haja, relativamente aos direitos humanos, a proclamação da igualdade entre as pessoas, também é reconhecido o direito à diferença, como uma forma de proteção ao direito individual.<sup>66</sup>

Conforme citado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Brasil possui uma sociedade pluralista, democrática, sem preconceitos, que preconiza a igualdade de oportunidades, configurando-se assim um Estado Democrático de Direito. Ainda, de acordo com o dispositivo do artigo 5º, XLI, haverá punição, na forma da lei, quando configurada prática discriminatória em ofensa aos direitos e liberdades fundamentais.<sup>67</sup>

Alude em seu texto o autor Manoel Jorge e Silva Neto que:

Com efeito, quer seja no tocante ao empregado portador de deficiência, negro, asiático, homossexual, enfim, todos os que, pela condição existencial ou opção sexual são vítimas de discriminação antes, durante e o término da relação de emprego, é absolutamente necessário instalar-se um ambiente apto à tolerância quanto à diversidade.<sup>68</sup>

É comum na sociedade hodierna a configuração de discriminação em diversas situações e envolvendo diferentes tipos de motivos. Infelizmente, os mais relatados são relacionados à raça, opção sexual e idade. Um exemplo muito comum atualmente é a discriminação pela opção sexual, como observado em noticiários

---

<sup>66</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Discriminação – Ações Afirmativas e Sistema de Cotas. *In*: FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yvone; MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo. **Reconstrução do direito do trabalho**: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p.220.

<sup>67</sup> BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. **Direitos humanos**. *In*: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1070.

<sup>68</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.55-56.

relativamente à agressão a homossexuais acatados por grupos na rua. E esta discriminação se reflete também no direito do trabalho, tanto no momento da contratação do empregado quanto na convivência do mesmo na empresa. Por isso, mostra-se imprescindível a realização de análise da discriminação, assim como do seu tratamento no ordenamento jurídico.

Outra postura discriminatória que era tomada pelos empregadores até algum tempo atrás era em relação às chamadas “listas negras”. Essas listas consistiam na discriminação do candidato por conta dele ou algum parente haver reclamado seus direitos na Justiça do Trabalho.<sup>69</sup> Hoje isso não ocorre, pois os sites dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil não permitem mais a consulta pelo nome da parte, apenas por número do processo.

O TST em recentes decisões vem tentando penalizar os empregadores que utilizam as chamadas “listas negras” no momento da contratação, tratando assim, os candidatos com discriminação, conforme segue acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico no dia 19 de dezembro de 2012:

DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE “LISTA NEGRA. OCORRÊNCIA. A egrégia Corte Regional, com base na ampla análise do quadro fático probatório produzido nos autos consignou que a reclamada possuía um banco de dados com nomes de antigos trabalhadores que apresentaram ações trabalhistas ou que serviram de testemunhas nestas ações e que era utilizado com o objetivo de obstar acesso ao emprego ou de impedir contratações por outras empresas. Neste contexto, para se abarcar a tese da reclamada de que tal banco de dados era sigiloso e que tinha destinação diversa, necessária seria a análise do suporte fático probatório dos autos, procedimento defeso nesta esfera recursal pelo que dispõe a Súmula nº 126. Também não há falar em falta de comprovação de ato ilícito, pois a divulgação de lista com nomes de empregados “marcados” para não serem contratados gera, sem dúvida, ofensa a vários artigos constitucionais, dentre eles, 1º, III, 5º, X, 7º, XXX, XXXIII e 170, VIII. Por fim, no presente caso, fica evidente que a caracterização do dano moral independe da comprovação do efetivo abalo experimentado pelo ofendido, decorrendo da simples violação aos bens imateriais tutelados pelos seus direitos personalíssimos. Logo, para sua configuração, é necessária apenas a demonstração da conduta potencialmente lesiva aos direitos da personalidade e a sua conexão com o fato gerador, sendo prescindível a comprovação do prejuízo, uma vez que presumível na presente hipótese (presunção hominis). Recurso de revista não conhecido. (TST, 5ª Turma, Min. Relator Caputo Bastos, Processo nº RR-577-73.2010.5.09.0091, DJE 19/12/12).<sup>70</sup>

<sup>69</sup> MELO, Raimundo Simão de. Discriminação, lista negra e direito de ação. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, ano 29, n. 28, dez. 2003, p.41.

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 577-73.2010.5.09.0091 – Proc. 577-73.2010.5.09.0091. Recorrente: Employer-Organização De Recursos Humanos Ltda. Recorrido: Eva Maria de Lima. Relator: Min. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, DJE 19 dez. 2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons>

A isonomia entre cidadãos é o fundamento do princípio da não-discriminação. Os posicionamentos político-ideológicos e os valores culturais do tempo e local fixados são reflexo da escolha do alicerce para o veto dos comportamentos discriminatórios.<sup>71</sup>

### 2.5.1 Conceito

O ato (pode ser ação ou omissão) que estabelece distinções para o exercício de direitos, fundamentando-se em critérios sem qualquer justificativa, é a definição de discriminação.<sup>72</sup>

A palavra discriminação não encerra necessariamente o conceito de pejorativo. Na realidade a concepção de discriminação é a distinção de pensamentos, indivíduos, objetos, sempre levando em consideração as características próprias de cada um. Entretanto, torna-se pejorativa a discriminação quando envolve pessoas em situações em que a discriminação não deveria acontecer, ou quando ela deveria ocorrer em prol da concretização do princípio da igualdade, porém não ocorre.<sup>73</sup>

Paulo Jakutis conceitua discriminação como sendo “[...] o desprezo e (ou) prejuízo imposto a uma pessoa, ou grupo de pessoas, por conta de um preconceito”.<sup>74</sup> Neste diapasão, torna-se imprescindível discorrer brevemente sobre a concepção de preconceito. O mesmo autor define preconceito como “[...] o conceito formado antes do efetivo conhecimento ocorrer.”<sup>75</sup>

Expõe Christiani Marques de forma muito clara que:

---

sjt=&numeroTst=577&digitoTst=73&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0091>.  
Acesso em: 23 mai. 2013.

<sup>71</sup> DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego – formas, defesas e remédios jurídicos. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.66, n.11, nov. 2002, p.1334.

<sup>72</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Não-discriminação no trabalho: direito à indiferença. **Synthesis: direito do trabalho material e processual / Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.47, 2008, p.58.

<sup>73</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Rio de Janeiro: Síntese, ano 68, n.2, abr./jun. 2002, p.97.

<sup>74</sup> JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho**: Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de Comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006, p.28.

<sup>75</sup> JAKUTIS, Paulo. *Op. cit.*, p.28.

O preconceito está arraigado no inconsciente popular. Interfere, diretamente, no ato de discriminação, visto que consiste em prévio julgamento mediante generalização ou mistificação, sem distinguir as dimensões do indivíduo ou grupo social. As qualidades são enxergadas no aspecto negativo, o que, por consequência, leva à estigmatização do grupo excluído.<sup>76</sup>

Ademais, a ilustre doutora em Direito do Trabalho Patrícia Bertolini dispõe que, no âmbito do trabalho, a discriminação ocorre quando não se aplica ao obreiro o mesmo tratamento dispensado aos demais, podendo ocorrer antes ou durante a relação contratual.<sup>77</sup>

E mais, Marúcia Belov distingue a discriminação ilícita, sendo esta quando se dispõe tratamento desigual na ausência de justificativa da aplicação, de um tratamento distinto, o que gera arbitrariedade na conduta.<sup>78</sup>

Entretanto, conceitua com precisão Mauricio Godinho Delgado: “Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. O preconceito muitas vezes é o causador da discriminação, devendo ser considerado como uma opinião que denigre um indivíduo por conta de uma idiosincrasia externa, e que pode estar presente em uma pessoa ou em um grupo.<sup>79</sup>

Por fim, Alice Monteiro de Barros determina, como origem da discriminação, o preconceito e a ignorância. Quando a discriminação é advinda do preconceito, existe preferência da emoção sobre a razão levando os indivíduos ao cometimento de atitudes injustas. Em sendo originada da ignorância, produz os mesmos efeitos daquela gerada pelo preconceito. Isso quer dizer que os comportamentos discriminatórios podem ser firmados pela persistência de conceitos inexatos, que advém do desconhecimento. Há diversos fatores da discriminação, dentre os quais estão os de cunho educacional, psicossocial e econômico. Quanto a este último, há uma atenção maior, pois a discriminação pode obstar o aproveitamento de pessoas

---

<sup>76</sup> MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p.179.

<sup>77</sup> BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. **Direitos humanos**. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1064.

<sup>78</sup> BELOV, Marúcia da Costa. Discriminação limitativa do acesso ao emprego: análise crítica acerca dos testes de seleção frente à prática de pesquisa de antecedentes criminais. **Revista AMATRA 5: Vistos etc.** / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Salvador: AMATRA 5, v.1, n.3, 2004, p.68.

<sup>79</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções Contra a Discriminação na Relação de Emprego. In: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108.

plenamente habilitadas para exercer aquela atividade, podendo produzir efeito inclusive sobre a produtividade do empregador.<sup>80</sup>

### 2.5.2 Tipos de discriminação

Há autores que classificam a discriminação em direta, indireta, positiva e negativa. Um desses autores é Christiani Marques que relata:

A discriminação direta está relacionada com a adoção de disposições gerais que estabelecem distinções em critérios proibidos; a indireta, com situações, regulamentações aparentemente imperceptíveis, mas que criam desigualdades em relação a pessoas que têm a mesma característica.<sup>81</sup>

De acordo com Octavio Bueno Magano e Estêvão Mallet, “a discriminação negativa é a que resulta na recusa do trabalho de mulheres; a positiva é a que as favorece, como ocorreria com a companhia de aviação que só admitisse aeromoças a seu serviço”.<sup>82</sup>

Segundo Alice Monteiro de Barros, a discriminação direta presume o tratamento diferenciado baseado em motivos vedados. Já a indireta ocorre com um tratamento igual no sentido formal, mas que produz efeitos diferentes em grupos específicos.<sup>83</sup>

Outra distinção encontrada é a de Carlos Mesquita Barros, que conceitua, além das discriminações direta e indireta, a oculta, que ocorre de forma disfarçada, quando a razão ilícita não é confessada, mas constitui o fator crucial da discriminação.<sup>84</sup>

O ilustre doutrinador Luiz Carlos Amorim Robortella diferencia a discriminação direta da indireta, definindo a primeira como “critério expresso ou implícito que exclui determinado grupo”, e a indireta como “critério aparentemente neutro, mas que

---

<sup>80</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.55 et seq.

<sup>81</sup> MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p.184.

<sup>82</sup> MAGANO, Octavio Bueno; MALLETT, Estêvão. *Apud* MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002, p.183.

<sup>83</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p.138.

<sup>84</sup> BARROS, Caio Mesquita. Discriminação. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano. 16, n.16, 2008, p.25.

produz exclusão”, considerando ainda que a intenção de discriminar por parte do empregador no caso da indireta é irrelevante.<sup>85</sup>

No mesmo sentido segue Pinho Pedreira, quando aduz a irrelevância da intenção de discriminar do empregador, no que se refere à discriminação indireta, por isso é vã a tentativa de alegar em sua defesa que cometeu, de boa-fé, o ato danoso.<sup>86</sup>

Na mesma linha de raciocínio, o acórdão revelador do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA – IDADE FATOR DISCRÍMEN – VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (ARTS. 1º, IV; 3º, IV; 5º, CAPUT, II E XXXVI; 7º, I, XXX E XXXI; 170, CAPUT) E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – READMISSÃO AUTORIZADA PELA LEI N. 9.029/95 – ART. 1090 DO CÓDIGO CIVIL – Imperiosa a declaração de nulidade das despedidas dos empregados relacionados em ação civil pública, com consequente readmissão dos mesmos no emprego se, da prática aparentemente neutra do ato imotivado perpetrado pela ré, sobressai a malsinada discriminação indireta. Logo, constatado que no caso em concreto, dentre os dispensados, a maioria detinha o componente apontado na inicial como discriminatório (idade compreendida na faixa dos quarenta e quarenta e poucos anos) cujo resultado deletério, se afastou dos propósitos das regras pactuadas para a privatização, não buscando o desenvolvimento social a que se obrigou, nem preservando o trabalho como valor social. Malferimento que se reconhece aos princípios, garantias e direitos – FUNDAMENTAIS e SOCIAIS, inscritos nos preceitos epígrafados, bem assim na legislação infraconstitucional (Lei n. 9029/95). (TRT 9ª Região, RO 13115/00 – (32676/2001 – 2000), Relatora Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão, DJPR 23/11/01).<sup>87</sup>

Paulo Jakutis propõe em sua obra que a discriminação pode ser segmentada em discriminação invisível, que engloba a discriminação inconsciente, a discriminação por conta da cultura, e ainda a discriminação benigna ou positiva, conforme será conceituado a seguir:<sup>88</sup>

<sup>85</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Discriminação – Ações Afirmativas e Sistema de Cotas. *In*: FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yvone; MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo. **Reconstrução do direito do trabalho**: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p.58.

<sup>86</sup> PEDREIRA, Pinho. A discriminação indireta. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 65, n.1, jan. 2001, p.404.

<sup>87</sup> PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário Nº 13115/00. Quarta Câmara. Relatora: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Julgado em 23 out. 2001. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1467268](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1467268)>. Acesso em: 23 mai. 2013

<sup>88</sup> JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho**: Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de Comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006, p. 31 *et seq.*

Há atitudes que não vão obrigatoriamente possuir a intenção de discriminar. Essa é a chamada discriminação invisível que abrange tanto a discriminação inconsciente quanto a discriminação por conta da cultura.<sup>89</sup>

A natureza da discriminação nem sempre é racional, ela pode ter origem, igualmente, no inconsciente. Entretanto, da mesma forma, é encontrada origem na intenção de dominação e subordinação.<sup>90</sup> Considera o autor Paulo Jakutis que:

[...] concluir-se que a discriminação pode ser fruto do inconsciente equivale a tornar inaceitável qualquer teoria que defenda a necessidade de prova de intenção discriminatória para a invalidação de um ato. Intenção racional, motivação e inconsciente são conceitos dissonantes que não se afinam.<sup>91</sup>

Em outras palavras, depreende-se que a configuração da discriminação na legislação brasileira independe de haver ou não a intenção de discriminar.<sup>92</sup>

Na discriminação pelo fator cultural, a cultura, além do inconsciente, pelas mais ecléticas razões, revela com frequência estar abarrotado de componentes discriminatórios que nem sempre são notados pelos indivíduos. A noção de discriminação do que foge ao estereótipo do homem branco, heterossexual, que tenha dinheiro.<sup>93</sup>

Quanto à discriminação positiva, Paulo Jakutis pressupõe abranger o que chama de discriminação benigna tanto a adoção de políticas de ação afirmativa, que envolve a distinção entre pessoas a fim de favorecer uma classe em franca desvantagem permanente, como também a diferenciação das pessoas em razão dos resultados que produzem, o que justificaria essa discriminação. O próprio autor discorda desta nomenclatura.<sup>94</sup>

Outros autores como Lutiana Nacur Lorentz adotam o conceito de discriminação positiva como sendo a prática de ações afirmativas ou aplicação de tratamentos diferenciados na legislação, visando proteger as classes discriminadas da sociedade.<sup>95</sup> No mesmo diapasão encontra-se o posicionamento de Thereza Cristina

---

<sup>89</sup> JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho: Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas**, por meio de Comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006, p. 31.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>91</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>93</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>94</sup> *Ibidem*, p.40-41.

<sup>95</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. A proteção jurídica contra a discriminação no trabalho. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p.97.

Gosdal, ao admitir a possibilidade jurídica no caso das ações afirmativas, quando se observa tratamento diferenciado despendido a indivíduos das minorias discriminadas, tendo como exemplo, o sistema de cotas.<sup>96</sup>

Já Manoel Jorge e Silva Neto relata estar o empregador, por algumas vezes, autorizado a executar a discriminação, sendo a mesma legítima, ao contrário das ilegítimas que jamais devem ser cometidas.<sup>97</sup>

A discriminação positiva nada mais é que a adoção de políticas afirmativas que materializam o preceito de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Entretanto, o enfoque do presente estudo repousa sobre a discriminação negativa, sendo por isso merecedora de mais aprofundada análise.

### 2.5.3 A discriminação na legislação

A liberdade no desdobramento da personalidade moral e civil dos empregados é impulsionada pelas proteções contra as mais diversas formas de discriminação. Estas proteções compelem os empregadores a evitar incorrer em práticas que provoquem tratamento não igualitário dos seus trabalhadores motivado por razões ilícitas.<sup>98</sup>

O legislador brasileiro já demonstrava temor com as práticas discriminatórias na área trabalhista há algum tempo, o que fez com que regulamentasse a matéria com a adoção de políticas para combater a discriminação.<sup>99</sup>

A dignidade da pessoa humana é elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.805.

<sup>97</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.50.

<sup>98</sup> PERONE, Gian Carlo *apud* SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do trabalhador. *In*: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTr, 2006, p.181.

<sup>99</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil & Direito do Trabalho**. 1.ed. Belo Horizonte: Leeditathi, 2005, p. 98.

A não discriminação do trabalhador é direito fundamental protegido constitucionalmente no art. 7º, XXX e XXXI.<sup>101</sup> Eles relacionam de forma taxativa as hipóteses de discriminação que podem ocorrer para a admissão ou diferença de salário dos empregados, e apesar de referir apenas a cor, sexo, estado civil, idade, ou ao fato de ser o trabalhador ser portador de deficiência, o art. 3º, IV da Constituição Federal<sup>102</sup>, estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação, o que leva ao questionamento se o rol dos incisos XXX e XXXI do art. 7º seria apenas exemplificativo.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) no caput do art. 461, também contempla a proibição da postura discriminatória,<sup>103</sup> porém refere-se apenas a discriminação de valor de salário no que tange a sexo, idade ou nacionalidade.

Ainda, outro diploma legal que trata da matéria é a Lei 9.029 de 1995, que, “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho [...]”.<sup>104</sup>

Já a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua convenção de número 111, versa sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, definindo em seu artigo 1º, o que compreende discriminação para efeitos da referida convenção. Dentre eles, elenca a discriminação de sexo, opinião política e religião, deixando,

---

<sup>100</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>101</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

<sup>102</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

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

<sup>103</sup> Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

<sup>104</sup> BRASIL. Lei ordinária nº 9.029 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional.

porém, margem a outros tipos de discriminação, quando abrange também “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência” que afete inclusive o acesso ao emprego. Excetua ainda tal artigo a exigência de qualificações, não podendo esta ser considerada postura discriminatória.<sup>105</sup> Essa convenção foi aprovada através do decreto legislativo nº 104, de 1964, ratificada pelo Brasil em 1965 e promulgada no Decreto 62.150 de 1968.

Neste sentido, Jorge Luiz Souto Maior considera que, por ser a igualdade preceito fundamental do direito e que deve ser preservada, as hipóteses de discriminação trazidas na convenção 111 da OIT devem ser interpretadas como sendo exemplificativas.<sup>106</sup>

Conforme preceitua Lutiana Nacur Lorentz, conquistar um emprego hoje em dia já constitui algo penoso para pessoas que não fazem parte dos grupos de minorias (aqueles que sofrem discriminação), por conta da globalização, da mecanização e da informatização exacerbada. Assim sendo, é ainda mais custoso para aqueles que sofrem discriminação alcançar esse objetivo. Nesta ordem deve haver, por parte do sistema jurídico, intervenção na tentativa de eliminar essa diferenciação.<sup>107</sup>

Infelizmente ainda não são eficientes as formas de combater as causas, assim como os efeitos da discriminação no âmbito do trabalho. Ainda hoje existe restrição de acesso a vagas aos candidatos negros, às pessoas soropositivas e aos homossexuais.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

<sup>106</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Rio de Janeiro: Síntese, ano 68, n.2, abr./jun. 2002, p.99.

<sup>107</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. A proteção jurídica contra a discriminação no trabalho. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 93

<sup>108</sup> SOARES FILHO, João Batista Luzardo. Discriminação no emprego. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p.78.

Em uma sociedade dessemelhante é árdua a promoção da igualdade de oportunidades para os diferentes indivíduos. O que ocorre é uma reprodução no âmbito do trabalho do preconceito já existente na sociedade.<sup>109</sup>

Cabe salientar que nem todas as escolhas podem ser consideradas discriminatórias. A convenção 111 da OIT refere no artigo 4º, que não cabe considerar, quanto à discriminação, quaisquer providências tomadas em relação às pessoas, mesmo que sejam apenas suspeitas de estarem prejudicando a segurança do Estado sob qualquer forma.<sup>110</sup>

São inferiores e mais complicadas as oportunidades de ingresso no mercado de trabalho para aqueles indivíduos que são discriminados. Por conta disso, é imperioso que o sistema jurídico corrija tal tratamento.<sup>111</sup>

As normas jurídicas que enalteçam o direito à igualdade constituem somente o início da luta contra a discriminação, sendo necessárias outras providências para que esse ideal seja alcançado. Estas normas somente serão eficazes caso os indivíduos prejudicados recorram ao Poder Judiciário, para que este aprecie e repare com os bens materiais ou imateriais, já assegurados na legislação pelo ordenamento jurídico.<sup>112</sup>

Mesmo com a abundante proteção descrita na legislação, tanto em relação a proteção da dignidade da pessoa humana quanto na garantia da não discriminação, ainda assim as práticas discriminatórias são frequentes. Isso ocorre dentro e fora do ambiente de trabalho e é comum na vida diária das pessoas, principalmente daquelas que fazem parte dos grupos de minorias.

O que resta claro é a incapacidade de se por em prática todo o quanto é oportunamente previsto pela Constituição Federal e legislação adjacente, e a

---

<sup>109</sup> SOARES FILHO, João Batista Luzardo. Discriminação no emprego. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000, p.79.

<sup>110</sup> ARTIGO 4º

Não são consideradas como discriminação qualquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

<sup>111</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Ciência Jurídica do Trabalho**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica Ltda., ano V, n.35, set./out. 2002, p.132.

<sup>112</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos Processuais da Luta contra a Discriminação, na Esfera Trabalhista. A Tutela Antecipatória como Mecanismo Igualizador dos Litigantes Trabalhistas. *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2010, p.209.

imperiosa necessidade de tornar mais efetivos os meios que permitam responsabilizar aquele que causa dano a outrem por motivos discriminatórios. Muitas dificuldades ainda são observadas, como, por exemplo, a prova de que a discriminação ocorreu.

#### **2.5.4. Postura discriminatória do empregador e sua prova**

Visando o lucro, as empresas atualmente procuram candidatos qualificados e que gerem menos custos e riscos. Elas buscam cada vez mais a otimização para maior competitividade dos seus produtos e a redução de custos. Sendo assim, supõem os empregadores estarem munidos de legitimidade para investigar a intimidade e a vida privada do candidato, o que faz com que se utilizem de testes seletivos e invasivos à sua do candidato. Uma vez que suportam os riscos do negócio, baseiam-se os empregadores, para a tomada de tal atitude, nos valores constitucionais da livre iniciativa e direito à propriedade privada, que estão inseridas no poder diretivo patronal.<sup>113</sup>

O poder diretivo do empregador pode motivar, e de fato motiva, muitas atitudes discriminatórias na relação de emprego, ou mesmo antes da contratação, quando ele impede que esta aconteça baseando-se em motivações autoritárias, injustas, que podem variar na sociedade de acordo com os padrões aceitos naquele determinado momento.<sup>114</sup>

No mesmo sentido, afirma Merúcia Belov que o poder de decidir quem contratar é do empregador por conta do seu poder diretivo, mas ele não tem a faculdade de contratar ou deixar de fazê-lo utilizando-se de critérios discriminatórios, sob pena de incorrer na prática de abuso de direito.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.804.

<sup>114</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Não-discriminação no trabalho: direito à indiferença. **Synthesis: direito do trabalho material e processual / Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.47, 2008, p.58.

<sup>115</sup> BELOV, Marúcia da Costa. Discriminação limitativa do acesso ao emprego: análise crítica acerca dos testes de seleção frente à prática de pesquisa de antecedentes criminais. **Revista AMATRA 5: Vistos etc.** / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Salvador: AMATRA 5, v.1, n.3, 2004, p.69.

Thereza Gosdal considera “[...] legítima toda a aferição de qualificação e capacitação do candidato relacionada à necessidade do serviço.” Isso quer dizer que o empregador tem a faculdade de se inteirar do que possa influenciar no futuro desenvolvimento da atividade prestada pelo candidato quando o mesmo se tornar empregado.<sup>116</sup>

Entretanto, isso deve ser analisado com cautela, pois não quer dizer que poderá o empregador invadir a vida privada e a intimidade do empregado, nem por meio de investigação de dados não imediatamente ligados ao cargo a ser preenchido. A escolha do candidato é do empregador, mas não pode ele deixar de contratar tomando como fundamento a utilização de critérios discriminatórios.<sup>117</sup>

De acordo com os posicionamentos acima mencionados a discriminação não pode ocorrer no momento da contratação, não cabendo ao empregador o direito de entrar na vida pessoal do candidato. Caso o indivíduo não seja contratado por algum motivo referente a sua vida pessoal, o mesmo pode se indenizado.

Jurisprudência acerca do tema pode ser facilmente encontrada. O abaixo colacionado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deixa claro que a não contratação de candidato a emprego considerado “apto” em processo seletivo, mas que não foi admitido após constatação que era portador do vírus do HIV fez nascer para este indivíduo o direito de ser indenizado:

Responsabilidade civil. Subjetiva. Dano Moral. Candidato a emprego. Portador de vírus da AIDS. Não contratação. Dever de indenizar. O candidato a emprego que, após passar por um rígido processo seletivo e obter o 'apto' para ocupar o cargo dentro da empresa, ao ser submetido a exame hematológico, descobriu ser portador do vírus da AIDS, e, por tal motivo não foi admitido, deve ser indenizado pelos danos morais, indiscutivelmente sofridos. 'Quantum' indenizatório. Princípio da razoabilidade. Valor moderado e suficiente. Afixação de indenização a título de dano moral em 100 salários mínimos representa valor suficiente e adequado à compensação indireta do dano sofrido, bem assim a punição necessária aos seus causadores. Parcial provimento do apelo. (TJRJ - 7ª Câ. Cível; AC 21.180/99 (1899-21180); Rel. Desa. Marly Macedônio França; j. 18.04.00; v.u. DJE 28/09/2000) <sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.805.

<sup>117</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>118</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº AC 21.180/99 (1899-21180). Sétima Câmara Cível. Relator: Desa. Marly Macedônio França. Julgado em 14 abr. 2000. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/ementa.asp?idjuri=1185>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

Evidencia-se no obreiro, tanto pelo óbice para a conquista do trabalho quanto pelo sofrimento causado pela necessidade econômica, o mais alto grau de sujeição constatado no momento da contratação. E o empregador é portador de um poder diretivo limitado pelas normas do ordenamento jurídico que impedem a prática discriminatória.<sup>119</sup>

Como os candidatos, de modo geral, necessitam do emprego, raramente se rebelam com o desrespeito a sua vida privada e intimidade, porque sabem que isso pode comprometer sua contratação.<sup>120</sup> Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros alude que em havendo situações de imposição coativa, deve ser reconhecido ao candidato o direito de omitir informações que não estejam ligadas ao cargo a ser preenchido.<sup>121</sup>

O contratante não é obrigado a motivar a não contratação do candidato, e também não assentirá ter se utilizado de motivo discriminatório. Por conta disso, há grande dificuldade de provar a postura discriminatória do empregador. Por esta razão, contrai a prova indiciária maior peso, sendo mais valorizada pelo juiz que nas situações ordinárias, pois, caso contrário, poderia atraiçoar o direito constitucional de acesso à justiça. É imprescindível a exposição dos indícios por parte do acionante, o que ocorre mais comumente por meio de prova testemunhal, mas que pode ocorrer também por outros meios probatórios.<sup>122</sup>

Para Francesco Santoni, deveria haver a previsão da inversão do ônus da prova, para compelir o empregador a entender a necessidade de findar a prática discriminatória ou, ao menos, para apresentar uma razão apropriada e objetiva das atitudes que acarretam tratamentos diversificados entre os empregados.<sup>123</sup>

Portanto, a prática do ato discriminatório, ilícito, sendo presumida após a apresentação dos indícios, podem provocar uma inversão do ônus da prova, o que leva o contratante a ter que evidenciar que não possuiu intenção discriminatória, ou

---

<sup>119</sup> BELOV, Marúcia da Costa. Discriminação limitativa do acesso ao emprego: análise crítica acerca dos testes de seleção frente à prática de pesquisa de antecedentes criminais. **Revista AMATRA 5: Vistos etc.** / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Salvador: AMATRA 5, v.1, n.3, 2004, p.68.

<sup>120</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.809.

<sup>121</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.59.

<sup>122</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95). In: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2010, p.138.

<sup>123</sup> SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do trabalhador. In: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTR, 2006, p.184.

ao menos motivar a não contratação daquele candidato. Caso haja dúvida, a vantagem será do acionante, pois a inversão do ônus da prova foi criada para dirimir a dificuldade pela qual passa o magistrado.<sup>124</sup>

Em assim sendo, por ser o empregado a parte mais frágil da relação (sendo ainda mais tênue se for um mero candidato ao emprego), a inversão do ônus da prova mostra-se necessária pela frequente impossibilidade do empregado ou candidato de provar a ocorrência da discriminação. Isso não exime a vítima de também produzir provas para atestar o que alega, mesmo porque garantiria o êxito de sua demanda.

Com a inversão do ônus da prova, fica obrigado o empregador a justificar a não contratação daquele empregado e convencer o magistrado de que não houve qualquer postura discriminatória da sua parte.

Ainda não há decisões tendo esse tema como objeto de litígio. Embora existam opiniões acerca do posicionamento dos magistrados com relação ao monitoramento eletrônico do empregado,<sup>125</sup> não cabe aqui a utilização dos mesmos argumentos, posto que algumas atitudes tomadas pelo empregador são aceitas, como, por exemplo, o controle de e-mails corporativos, enquanto a investigação das informações dos candidatos nas redes sociais configura lesão do direito à intimidade dos mesmos. Ademais, o monitoramento eletrônico ocorre já na relação contratual.

---

<sup>124</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.*, p.138-139.

<sup>125</sup> ATHENIENSE, Alexandre. **O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2382](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2382)>. Acesso em 12 abr. 2012.

### 3 A UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO PROCESSO SELETIVO

#### 3.1 AS REDES SOCIAIS

As redes sociais existem desde a origem dos seres humanos, quando as pessoas viviam em tribos, grupos formando o que se chama de redes sociais confiáveis. Nestas elas se uniam para se proteger e trabalhar, por exemplo. E eram esses grupos que auxiliavam nas decisões relativas à vida das pessoas, fossem elas importantes ou não.<sup>126</sup>

As comunidades existem há muitos séculos, não possuindo um conceito novo. “Recente apenas pode ser considerada a capacidade de formar comunidades que são geograficamente distantes e inteiramente guiadas por interesses comuns.”<sup>127</sup>

As redes sociais são anteriores a qualquer forma de tecnologia digital. Em realidade são um tipo de atividade humana, sendo a conversa o resultado natural da reunião de duas ou mais pessoas.<sup>128</sup>

André Teles aduz que o momento histórico atual revela uma característica da sociedade pós-moderna, qual seja a rapidez com que as mudanças ocorrem<sup>129</sup>, partilhando da mesma opinião Arthur L. Jue, Jackie A. Marr e Mary Ellen Kassotakis.<sup>130</sup> Com isso, “a incerteza econômica, os menores ciclos de desenvolvimento, as estruturas organizacionais mais horizontais e a constante transformação das instituições sociais estão coevoluindo em um ritmo jamais visto.”

<sup>131</sup> Denotou-se, desta forma, uma evolução da chamada era industrial para a chamada era da informação.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios.** Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.31.

<sup>127</sup> BELL, Gavin. **Criando aplicação para redes sociais.** Trad. Thais Cristina Casson. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, 2010, p.153.

<sup>128</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. *Op. cit.*, p.303.

<sup>129</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.17.

<sup>130</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.2.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.2.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.6.

Vive-se no direito Civil brasileiro uma era de incertezas, disseminada por conta do progresso científico, e que propõe a criação de novos valores.<sup>133</sup> Diversos fatores levaram à essa disseminação, quais sejam: o entendimento da impossibilidade de dominação da tecnologia; a “explosão de ignorância” por conta da imensa disponibilidade de informações falsas no âmbito virtual, num banco único de dados; e ainda que “a acumulação de tão profundos conhecimentos sobre o mundo não aumentou a sabedoria do mundo, da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza”.<sup>134</sup>

Por conta da enorme quantidade de dados, informações e criações, para conseguir acompanhar o compasso das novidades tecnológicas, há que se esforçar e também filtrar o efêmero daquilo que perdurará.<sup>135</sup> A internet foi a responsável pela mudança na forma como as pessoas se comunicam, possibilitando também o aumento das mídias sociais que possuem foco em relacionamentos e colaboração de forma muito rápida.<sup>136</sup>

A geração da Internet colabora, se conecta, e se comunica, o que é possibilitado pela utilização das mídias sociais, e ocorre de forma muito natural.<sup>137</sup> A influência em decisões, na eleição de presidentes, na perpetuação ou destruição de marcas, demonstram o poder de revolução que têm hoje as mídias sociais.<sup>138</sup>

Apesar da ainda observada instabilidade no fenômeno das mídias sociais, sua utilização gera excelentes oportunidades para as empresas e seus líderes que buscam uma vantagem competitiva. A utilização ativa de determinadas ferramentas, como as mídias sociais, otimiza o desempenho dos empregados, repercutindo positivamente nas perspectivas da empresa, num processo contínuo de inovações e com resultados altamente positivos para o sucesso empresarial.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.60.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 60 *et seq.*

<sup>135</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais**. Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.17.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.7.

<sup>137</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados**. Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.6, 48.

<sup>138</sup> TELLES, André. *Op. cit.*, p.17.

<sup>139</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. *Op. cit.*, p.2.

Há quem, na utilização das mídias sociais, apenas observe. Há também aqueles que as criam e os que respondem a elas. São diferentes e variados os tipos de interação entre as pessoas e as mídias sociais.<sup>140</sup>

Assim como outras ferramentas presentes no dia a dia das pessoas, a mídia social pode ser utilizada tanto em benefício quanto em detrimento delas. Por isso deve-se preconizar o comportamento ético na utilização dessas ferramentas.<sup>141</sup>

Os recursos com acesso à internet abarcados pelas mídias sociais são bastante extensos, facilitando a comunicação pelos mais diversos meios, seja por vídeo, texto, áudio, imagens, ou outro qualquer.<sup>142</sup> Isso aguça a curiosidade das pessoas, que tornam seus acessos cada vez mais frequentes em busca dessa relativamente nova forma de comunicação.

### 3.1.1 Conceito

Muito se fala sobre as redes sociais e o que elas representam na sociedade atual. Mas há que se entender que o conceito de rede social é muito mais extenso. Além disso, encontra-se na literatura frequente referência ao termo mídias sociais, assim como redes sociais. Eles são constantemente confundidos, sendo muitas vezes ambos utilizados de forma indistinta. Porém, faz-se mister ressaltar que esses termos não têm o mesmo significado. As redes sociais são uma categoria de mídias sociais.<sup>143</sup> No mesmo sentido segue André Telles.<sup>144</sup> Assim sendo, antes de se conceituar redes sociais é necessário diferenciá-las das mídias sociais.

Arthur Jue, Jackie Marr e Mary Ellen Kassotakis trazem um cuidadoso conceito de mídias sociais em sua obra, quando as definem:

O termo *mídia social* tipicamente se refere às muitas ferramentas eletrônicas que são relativamente de baixo custo e altamente acessíveis,

<sup>140</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.33.

<sup>141</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios.** Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.14.

<sup>142</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. *Op. Cit.*, p.48.

<sup>143</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon., *Op. cit.*, p.18.

<sup>144</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.17.

possibilitando que qualquer pessoa publique e acesse informações, colabore para um esforço comum ou construa relacionamentos.<sup>145</sup>

Mas mesmo entre os doutrinadores da área encontra-se um conceito de mídias sociais muito similar ao de redes sociais, conforme entendimento de Lon Safko e David K. Brake:

Mídia social se refere a atividades, práticas e comportamentos entre as comunidades de pessoas que se reúnem online para compartilhar informações, conhecimentos e opiniões usando meios de conversação. Meios de conversação são aplicativos baseados na web que permitem criar e transmitir facilmente o conteúdo na forma de palavras, imagens, vídeos e áudios.<sup>146</sup>

Conceito mais simples é apresentado por André Telles quando diz que “as mídias sociais são sites na internet construídos para permitir a criação colaborativa de conteúdo, a interação social e o compartilhamento de informações em diversos formatos.”<sup>147</sup>

As mídias sociais trafegam no sentido oposto da limitação apresentada pelas mídias tradicionais, pois possuem potencial ilimitado no que se refere, por exemplo, a tempo de permanência da publicação ou a número de páginas.<sup>148</sup>

Há algum tempo atrás não se podia imaginar o desenvolvimento tão rápido de novas tecnologias. Esse desenvolvimento e as mudanças nas normas de comportamento deram novo sentido à publicação e acesso a informações, bem como à construção de relacionamentos, aumentando significativamente as permutas entre as pessoas e prolongando o poder de alcance a nível globalizado.<sup>149</sup>

O fogo das mídias sociais permanece com furor e é alimentado pelos fortes ventos de, pelo menos, três forças convergentes: a natureza do ambiente de negócios, a mudança demográfica de trabalhadores e os rápidos avanços na tecnologia de softwares que possibilitam a conexão social.<sup>150</sup>

A utilização das mídias sociais é um fenômeno mundial, cujo cerne jaz na troca de informações e na conexão com outros indivíduos. Como trazem a conhecimento Arthur Jue, Jackie Marr e Mary Kassotakis em sua obra, “Os websites de

<sup>145</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.4.

<sup>146</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios.** Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.5.

<sup>147</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.19.

<sup>148</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. *Op. Cit.*, p.5.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p.4.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p.5.

relacionamento social são destinados, especificamente, para conectar as pessoas que não tinham consciência de suas relações.”<sup>151</sup>

Rede social, de acordo com o senso comum, pode ser considerada um sistema constituído por pessoas ou organizações, interligadas por algum ou diversos tipos de relação, possuidores de valores e objetivos comuns.

Muitas das redes sociais envolvem conjuntos de pessoas que são unidas por um proveito comum.<sup>152</sup> Lon Safko e David K. Brake conceituam rede social:

Uma rede social, rede confiável, comunidade virtual, e-comunidade, ou uma comunidade online é um grupo de pessoas que interagem por meio de informativos eletrônicos, blogs, comentários, telefone, e-mail e mensagens instantâneas, e que usam o texto, áudio, fotografias e vídeo para propósitos sociais, profissionais e educacionais. O objetivo da rede social é construir a confiança em uma determinada comunidade.<sup>153</sup>

Jonathan Abrams, ao criar o Friendster, cujo intento era que ele fosse um site de encontros (não referente a namoro), deu início a era moderna das redes sociais.<sup>154</sup>

As ferramentas de redes sociais permitem o compartilhamento de informações sobre as pessoas e seus interesses com outros indivíduos, como amigos ou colegas de profissão, por exemplo. A grande maioria das pessoas que adere a essas redes não o faz por possuir intuito comercial, mas sim social.<sup>155</sup>

Tanto os relacionamentos profissionais quanto os pessoais sofreram uma grande transformação na sua forma de interação com o advento do fenômeno das redes sociais.<sup>156</sup>

Website de relacionamento social é aquele que permite o compartilhamento de informações pessoais e a busca por informações para formação de relações benéficas.<sup>157</sup>

Eles vão “além das técnicas ‘tradicionais’ de socialização, permitindo alcance exponencial, chegando a grupos específicos e destacando ‘talentos’ escondidos”,

---

<sup>151</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.31.

<sup>152</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.82.

<sup>153</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios.** Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.31.

<sup>154</sup> TELLES, André. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>155</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.30.

<sup>157</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. *Op. Cit.*, p.55

conforme prelecionam Arthur Jue, Jackie Marr e Mary Ellen Kassotakis.<sup>158</sup> Isso se deve ao fenômeno da internet, que provocou a metamorfose de um mecanismo de busca lento e limitado em rápido e focado, para encontrar o que se procura.<sup>159</sup>

### 3.1.2 Perfil do usuário

Para ingressar e fazer parte da maioria das redes sociais há que se criar um perfil do usuário, estrutura primordial que torna possível a conexão e interação entre os usuários daquela rede.<sup>160</sup>

O perfil online funciona como um currículo social. É através dele que se permite o acesso de todos ou determinados usuários a informações daquele que as publicou, que passam a conhecê-lo melhor.<sup>161</sup>

O objetivo das redes sociais é a reunião das pessoas que nelas se inscrevem e expõem seus perfis com os mais diversos dados e arquivos, compartilhando um pouco de si e interagindo com outros usuários e grupos.<sup>162</sup>

As normas e regras são próprias de cada rede social, assim como a forma como a interação acontece. As grandes redes oferecem cada vez mais funções, como o Facebook, por exemplo.<sup>163</sup>

### 3.1.3 Tipos

Hoje são encontradas milhares de redes sociais na internet. Os que possuem o maior acúmulo de membros são o MySpace e Facebook, com o LinkedIn constando como a maior rede de profissionais. O objetivo almejado pelos usuários desses sites

---

<sup>158</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.55.

<sup>159</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>160</sup> *Ibidem, p.57.*

<sup>161</sup> *Ibidem, p.56-57.*

<sup>162</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.82.

<sup>163</sup> *Ibidem, loc. cit.*

é socializar-se.<sup>164</sup> Qualquer indivíduo pode utilizar as mais diversas redes sociais com diferentes finalidades, mas cumpre ressaltar que cada uma delas é destinada a um público-alvo.<sup>165</sup>

### 3.1.3.1 Diferenças

Os graus de participação e interação entre os membros das redes sociais variam em cada uma delas.<sup>166</sup> Dentre as mais importantes encontram-se:

O Facebook, a maior rede social do mundo, cresce rapidamente no Brasil nas classes A e B. Em 2008, quando foi traduzido para o português, tornou-se popular também nas classes C, D e E.<sup>167</sup> Ele permite a personalização de perfil, compartilhamento de arquivos, publicação de informações, e mais uma infinidade de recursos que favorecem a comunicação entre as pessoas onde quer que estejam.

O MySpace foi a primeira rede social a permitir a personalização dos perfis.<sup>168</sup> É um site interativo, internacional, que permite que seus membros criem “uma rede de amigos, perfis pessoais, blogs, grupos, fotos, músicas e vídeos, submetidos pelo usuário”.<sup>169</sup>

O LinkedIn, lançado em maio de 2003, é um site que busca a criação de redes sociais voltadas aos negócios.<sup>170</sup> É um banco de dados de contatos profissionais online, tendo como principal propósito que usuários cadastrados possam manter listas de contatos de pessoas que atuam em empresas.<sup>171</sup> É também utilizado na busca de emprego ou para se entrar em contato com possíveis parceiros de negócios, além de outras possibilidades. O objetivo não será apenas conversar, fazer amigos ou compartilhar arquivos.

---

<sup>164</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios.** Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.31.

<sup>165</sup> JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas: colaboração, inovação, competitividade e resultados.** Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011, p.57.

<sup>166</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. *Op. Cit.*, p.31.

<sup>167</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais.** Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p.83.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p.99.

<sup>169</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. *Op. cit.*, p.33.

<sup>170</sup> TELLES, André. *Op. cit.*, p.92.

<sup>171</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. *Op. cit.*, p.36.

O Orkut, que hoje pertence ao Google, foi a primeira grande rede social utilizada no Brasil. Ainda é bastante acessada no país, comumente utilizada pelas classes B, C e D e pelos novos usuários da rede.<sup>172</sup>

O Twitter é um serviço de “microblogging” onde os usuários enviam e também recebem atualizações pessoais através de mensagens com quantidade limitadas de caracteres (os chamados tweets), e recebem atualizações pessoais de outros usuários.

O Instagram é um aplicativo que foi criado inicialmente para usuários de “smartfones” com sistema iOS. Entretanto, seu uso se expandiu também para os usuários dos “smartfones” com sistema Android. Trata-se de uma rede social onde as pessoas tiram fotos e podem fazer uso de efeitos e filtros para melhorar ou modificar a aparência das imagens. Através do Instagram é possível publicar as fotos em diversas redes sociais simultaneamente.

Além desses principais ainda encontra-se o Formspring, que disponibiliza mais um canal para que o público esclareça dúvidas e converse.<sup>173</sup>

O Google Buzz é um serviço similar ao Twitter e ao feed de notícias do Facebook, e tem como vantagem a proximidade do Gmail, já que é adicionado a ele.<sup>174</sup>

O Ning é uma plataforma que possibilita a criação da própria rede social do usuário, e também torna possível a criação pela empresa de rede social relativa a um tema específico, de seu interesse. Entretanto, não é gratuito.<sup>175</sup>

O Drimio é uma rede social inovadora, que trabalha com marcas corporativas e que possui ferramentas e aplicativos que permitem a interação entre consumidores e marcas, com ideias e opiniões, por exemplo.<sup>176</sup>

### 3.1.3.2 Formas de utilização

---

<sup>172</sup> TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais**. Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010, p. 102.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p.97.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p.108

<sup>175</sup> *Ibidem*, p.110 *et seq.*

<sup>176</sup> *Ibidem*, p.113.

As redes sociais que vêm tomando crescente espaço e tempo no dia-a-dia das pessoas são as redes sociais criadas na internet. Elas têm diversos propósitos, dentre os quais aproximar pessoas, promover encontros, criar ou recriar relações afetivas. Muitas também são utilizadas como rede de contatos com objetivos empresariais.

Gavin Bell adverte quanto à existência de diversas comunidades na internet, do mais diversificado alcance. O referido autor admoesta a individualidade de cada comunidade, mas comportamentos comuns são observados em semelhantes contextos, a depender do tópico da comunidade, da forma de administração, ou ainda das relações partilhadas pelos participantes.<sup>177</sup>

Cada comunidade segue determinado padrão de comportamento, compondo um modelo de grupo. A relação entre os participantes acaba influenciando na identificação deles com o grupo considerado em sua totalidade. O indivíduo tem o primeiro convívio não com a comunidade como um todo, mas sim com pessoas com as quais já possui algum grau de relação.<sup>178</sup> Gavin Bell evidencia que “por certo existe uma interação entre os indivíduos que invadem as comunidades nos sites das redes sociais, mas o início desse intercâmbio se baseia no conteúdo do próprio usuário”.<sup>179</sup>

A disponibilização das informações pelos usuários gera diversas consequências. Uma delas, de início recente, é a investigação realizada pelas empresas, que se utilizam dessa ferramenta para tomar conhecimento sobre o perfil dos candidatos ainda durante o período de seleção, caracterizando-se elemento de grande peso no momento da escolha. As informações disponibilizadas pelos usuários podem apontar o chamado “perfil ruim”, que configura verdadeiro obstáculo no momento da contratação.

Uma pesquisa feita por uma das maiores consultorias de recrutamento de pessoal do mundo, com 210 executivos brasileiros, mostrou que 83% deles acreditam que o perfil dos candidatos nas redes sociais influencia na hora de fazer uma avaliação do profissional. Ao todo, 44% dos entrevistados disseram que um perfil negativo pode ser suficiente para desclassificar um candidato em fase de seleção. Apenas 39% dos executivos disseram que

---

<sup>177</sup> BELL, Gavin. **Criando aplicação para redes sociais**. Trad. Thais Cristina Casson. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, 2010, p.153.

<sup>178</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p.156.

conversariam com um candidato mesmo se ele tiver um perfil considerado ruim na internet.<sup>180</sup>

A liberdade inerente às redes sociais provoca diferentes reações nos usuários. Há quem nada exponha da sua vida, mas, na maior parte das vezes, o que ocorre é uma superexposição do indivíduo, que se manifesta a todo momento. Fotos, pensamentos, declarações, desabafos, são formas de exprimir os mais diversos sentimentos. O que antes tinha um alcance pequeno, ao ser exposto nas redes passa a ter um alcance global. E, quando se posta algo na rede, não mais é possível apagar.<sup>181</sup>

Há que se ter em mente que é quase impossível controlar o que as pessoas falam umas das outras e, no que se refere à mídia social, não se tem praticamente nenhum controle.<sup>182</sup> Como diria o criador de uma das maiores redes sociais do mundo, “Informação foi feita para ser compartilhada. Fotos foram feitas para serem vistas”.<sup>183</sup>

Quando da criação do site Facemash.com (anterior ao Facebook) por Mark Zuckerberg, ele se apoderou de fotos do anuário de diversas universidades, invadindo seus sites e realizando o download delas para o seu laptop. Ele estava praticando um ilícito, pois as imagens não lhe pertenciam, mas, por estarem ali, tão fáceis, ele se achou no direito de se apoderar delas.<sup>184</sup>

Mas, apesar dos mais diversos ilícitos que podem ser cometidos nas redes sociais, há um universo de comportamentos e exposições que são moralmente reprováveis. É uma vitrine mundial em que na grande maioria das vezes se escolhe a exposição. Isso é autonomia da vontade, cada um decide o que postará no seu perfil.

Porém a superexposição, intencional ou não, traz consequências, muitas vezes graves, na vida dos indivíduos. Há, por exemplo, o episódio de um jovem violinista americano de 18 anos que cometeu suicídio em 2010 após vídeos obtidos sem sua permissão serem postados na rede, expondo-o perante toda a comunidade. Há

---

<sup>180</sup> RESCH, Jacqueline. **Perfil nas redes sociais influencia avaliação profissional**. Disponível em <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/09/perfil-nas-redes-sociais-influencia-avaliacao-profissional-diz-pesquisa.html>>. Acesso em 12 abr. 2012.

<sup>181</sup> MEZRICH, Ben. **Bilionários por acaso: A criação do Facebook, uma história de sexo, dinheiro, genialidade e traição**. Trad. Alexandre Matias. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010, p.54.

<sup>182</sup> BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios**. Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010, p.4.

<sup>183</sup> MEZRICH, Ben. *Op. cit.*, p.52

<sup>184</sup> *Ibidem*, p.45.

também o caso vivido por Daniela Cicarelli, modelo e apresentadora de televisão, que foi filmada em cenas sensuais com seu namorado na praia, local público, e teve seu vídeo exposto na rede. Ambos os casos tiveram grande repercussão. O resultado para Daniela Cicarelli foi que a justiça determinou que os vídeos fossem retirados da rede, alegando violar o direito a intimidade e privacidade do casal. Segue o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv - Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1o, III e 5o, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. (TJSP, Ap. 556.090.4/4-00 - Capital, 4ª Câm. Civ., Desembargador Relator Carlos Teixeira Leite Filho)<sup>185</sup>

Outra situação que vale lembrar é a da professora do jardim de infância de uma escola que teve um vídeo exposto na rede, onde dançava no palco de um show e se expunha de forma sensual frente às câmeras, fazendo inclusive gestos. Tinha ela o conhecimento de que estava sendo filmada. Ela foi dispensada (sem justa causa) da escola em que trabalhava.<sup>186</sup> O empregado tem a liberalidade de gozar dos seus momentos de lazer como melhor lhe aprouver, mas não condiz com a profissão de uma professora, que leciona para crianças de 5 anos, a exposição em um vídeo como esse. Sua conduta não afetava seu trabalho, porém chamou a atenção dos pais sobre que valores estaria ela passando a seus filhos.

Dentre tantos outros mais, há ainda o caso de duas jovens que perderam seus estágios no Senado após veicularem críticas a determinado político por meio das redes sociais. O Senado justificou a sua atitude perante as jovens referindo que a

<sup>185</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 556.090.4/4-00. Quarta Câmara Cível. Relator: Carlos Teixeira Leite Filho. Julgado em 12 jun. 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=&nuRegistro=0001814199>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

<sup>186</sup> ARAÚJO, Glauco. **Professora da Bahia é demitida após vídeo sensual cair na web, diz advogado**. In: G1, São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1284085-5598,00-PROFESSORA+DA+BAHIA+E+DEMITIDA+APOS+VIDEO+SENSUAL+CAIR+NA+WEB+DIZ+ADVOGADO.html>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

postura delas configurou infração às regras do estágio educativo da casa, pois efetuaram tal postagem no horário de expediente.<sup>187</sup>

Até a imprensa que publica notícias na internet toma atitudes precipitadas e o faz sem checar a veracidade de sua notícia. Foi veiculado, por exemplo, que a filha de uma atriz famosa, também atriz, estaria tendo um caso com seu padrasto. Uma notícia como essa evidentemente causaria enorme dano a uma família. Porém, a notícia foi desmentida não muito tempo após sua veiculação na rede.

Há que se considerar também a superexposição intencional. Há pessoas que divulgam opiniões extremamente reprováveis, como por exemplo, a filosofia nazista, comportamentos e ideias racistas, homofóbicas e diversas formas e intolerância para com grupos sociais ou pessoas determinadas.

Cada indivíduo tem suas opiniões e o direito de expô-las, e o que se observa é uma linha tênue entre a liberdade individual de se expressar e se expor, e a liberdade do empregador de não contratar o candidato ao emprego baseado nas informações que retira do seu perfil nas redes.

Fato é que não seria menos qualificado para exercer qualquer cargo o profissional gay, negro, portador de deficiência ou outro que integre as minorias discriminadas, entendidas estas como “aquelas que, muitas vezes, quantitativamente, numericamente, podem até ter vantagem sobre outros grupos, mas que, em termos de qualidade e exercício de direitos sociais etc., ficam à margem.”<sup>188</sup>

Uma das mais recentes formas de utilização das redes sociais é como fonte de pesquisa, pelo empregador, de informações do candidato ao emprego. Isso ocorre durante o processo seletivo, quando o candidato e empregador ainda estão na fase negocial.

Francisco Rossal de Araújo diz que “qualquer encontro de vontades, em regra, possui antecedentes no sentido da sua formação”.<sup>189</sup> Da mesma forma ocorre com o

---

<sup>187</sup> GUERREIRO, Gabriela; MATAIS, Andreza. **Senado demite sobrinha de Joaquim Barbosa após críticas a Renan na internet**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1231329-senado-demite-sobrinha-de-joaquim-barbosa-apos-criticas-a-renan-na-internet.shtml>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

<sup>188</sup> LORENTZ, Lutiana Nacur. A proteção jurídica contra a discriminação no trabalho. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p.98.

<sup>189</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTR, 1996, p.237

contrato de emprego. Cometem as partes, na sua fase de formação, certos atos a fim de consumir determinados efeitos econômicos.<sup>190</sup>

### 3.2 O PROCESSO SELETIVO

Com a globalização, os produtos e técnicas se tornaram mais semelhantes, e o ser humano cada vez mais determinante para o sucesso das organizações. As pessoas e suas competências estão com os holofotes apontados para elas.<sup>191</sup>

Por conta disso, as seleções muitas vezes se tornam detalhadas e rigorosas. A velocidade de transformação dos sistemas de trabalho intensificou a diligência da empresa em encontrar obreiros que possuam os requisitos necessários para atender as suas necessidades.<sup>192</sup>

É muito comum encontrar nas empresas setores responsáveis por realizar, dentre outras funções, o recrutamento de pessoas e a seleção dos melhores candidatos para a ocupação daqueles determinados postos. Em geral estes setores são chamados recursos humanos, e podem ou não ser comandado por psicólogos.

Cumprе ressaltar que o processo seletivo abordado no presente estudo atém-se àquele realizado pelas empresas privadas, públicas, ou sociedades de economia mista quando da contratação de seus empregados, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

O ponto de partida da seleção de pessoas é a vaga a ser ocupada. Para preenchê-la o candidato precisa de alguns requisitos básicos: possuir habilidades e interesses, ter uma profissão compatível com o cargo.

A pessoa a ser escolhida deve ser a mais ajustada às necessidades do cargo.<sup>193</sup> A adequação do nível intelectual dos empregados às funções proporciona maior satisfação no desempenho das tarefas e consequentemente melhora a produtividade da empresa. Em geral, profissionais com nível de escolaridade

---

<sup>190</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTR, 1996, p.238.

<sup>191</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.19-20.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p.20.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p.11.

superior ao exigido pelo cargo não demonstram o mesmo rendimento no desenvolvimento das funções.<sup>194</sup>

Para que essa escolha transcorra da melhor forma na composição de uma equipe valorosa, o gestor, atento à sua responsabilidade da sua função, deve buscar alocar a pessoa adequada para desenvolvimento das atividades compatíveis com as necessidades da empresa.<sup>195</sup>

### 3.2.1 Conceito

Para Arlindo Vieira de Almeida Ramos a “seleção de pessoal é a escolha de indivíduos capazes para o trabalho. Quando visa a aproveitar os mais qualificados na execução do serviço, ou por outras palavras, os que produzem mais e melhor, é denominada seleção racional ou científica.”<sup>196</sup>

Palharini, no entanto, não diferencia o processo seletivo da seleção científica de pessoas. Para ele, esta última consiste na metodologia utilizada pelo empregador para triagem de candidatos com perfis adequados para “desempenhar satisfatoriamente as tarefas previstas; de se adaptarem às características do cargo e ao desenvolvimento da organização.”<sup>197</sup>

Para Lauro Barreto Fontes, processo de seleção é a forma empregada pela empresa para a designação dos candidatos aptos e adequados para desenvolvimento das atividades previstas para o cargo, tendo em vista as exigências de “qualificação profissional definida, além dos requisitos de personalidade, saúde e de condições físicas específicas”.<sup>198</sup> Todavia, este não parece o melhor conceito, pois as exigências escolhidas podem, muitas vezes, ser apenas a dissimulação de uma prática preconceituosa.

---

<sup>194</sup> FONTES, Lauro Barreto. **Manual de seleção na empresa moderna**. Rio de Janeiro: Livros técnicos e científicos editora S.A., 1975, p.31.

<sup>195</sup> XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. **Gestão de pessoas na prática: os desafios e as soluções**. São Paulo: Gente, 2006, p.30.

<sup>196</sup> RAMOS, Arlindo Vieira de Almeida. **Prática de Seleção e Aperfeiçoamento de Pessoal**. São Paulo: Atlas, [197-], p.49.

<sup>197</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.11.

<sup>198</sup> FONTES, Lauro Barreto. *Op. Cit.*, p.31.

Um processo seletivo criterioso auxilia as empresas ampliando a satisfação pessoal dos trabalhadores, reduzindo a ausência dos empregados, promovendo a adaptação e integração do empregado à função e à organização e, o mais importante, elevando a produtividade e o rendimento da empresa.<sup>199</sup>

Durante todo o processo seletivo é necessário fazer escolhas, considerando o grande número de elementos que deverão ser potencializados entre si e que proporcionarão maior eficiência da organização.<sup>200</sup>

Estas escolhas se processam através da decisão final, quando determinado indivíduo é selecionado, e a decisão de investigação fica dependendo de outras informações que podem ser obtidas através de testes ou outros procedimentos.<sup>201</sup>

Esteja a empresa no ramo de atividades em que estiver, vai sempre optar pelo que é mais interessante para ela, por isso escolhe os trabalhadores que tenham condições para contribuir de maneira mais efetiva para o seu desenvolvimento.<sup>202</sup>

O psicólogo ou a pessoa que conduz o processo seletivo baseia-se em informações do cargo e da empresa. Ele tem como objetivo principal selecionar o candidato que atenda aos requisitos inerentes à função seguindo o que preconiza a organização para seu crescimento, suas estratégias, e também alcançar a satisfação do candidato no desenvolvimento da atividade.<sup>203</sup>

Segundo Marwin D. Dunnette, a variedade de características, físicas, psicológicas, comportamentais e sociais do ser humano são tão diversas que o gerente de pessoal necessita de muita competência e discernimento para compatibilizar as necessidades da organização com a dos empregados.<sup>204</sup>

Cumprido ressaltar que características físicas, comportamentais e sociais dos indivíduos devem ser avaliadas somente segundo as necessidades do cargo a ser preenchido. Não se pode, tomando por base critérios físicos como cor, deixar de escolher o candidato que mais se encaixaria àquela função.

---

<sup>199</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.12.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p.29.

<sup>201</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>202</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p.32.

<sup>204</sup> DUNNETTE, Marvin D. **Seleção e colocação de pessoal**. Trad. Sônia Fernandez Schwartz. São Paulo: Atlas, 1976, p.21 *et seq.*

Ademais, um obreiro que não se adapte às metas, objetivos e finalidades da empresa, bem como às funções que desempenha e ao conjunto de pessoas com as quais trabalha, pode causar muitos transtornos no ambiente de trabalho. Isso deixa claro que nem sempre o candidato mais capacitado é a melhor opção para o preenchimento da vaga.<sup>205</sup>

Outro ponto adverso é que constantemente os termos recrutamento e seleção são utilizados com o propósito de definir a mesma atividade. Porém, o que há entre elas na verdade é uma importante articulação. Divergem tanto nos conceitos quanto os procedimentos que ambas empregam.<sup>206</sup>

Enquanto recrutamento é o conjunto de ações que visam atrair e orientar as pessoas para desempenhar determinadas tarefas ou funções, seleção consiste na identificação de pessoas competentes para o desenvolvimento de atividades compatíveis com as suas aspirações e conhecimentos.<sup>207</sup>

O êxito da escolha dos trabalhadores depende do alcance do objetivo do recrutamento, que é a atração e disponibilização de um universo significativo e otimizado de candidatos.<sup>208</sup>

### 3.2.2 Principal função do processo seletivo

Francisco Palharini aduz em sua obra que “a função principal deste processo é fornecer um prognóstico confiável, em termos de eficiência e desempenho, sobre o futuro desempenho no cargo e/ou organização, por parte do candidato”.<sup>209</sup>

Tal prognóstico deve vir acompanhado por uma margem de erro admissível com dados capazes de indicar se o candidato será ou não eficiente no desempenho das suas atribuições.<sup>210</sup>

---

<sup>205</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.101.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p.104.

<sup>207</sup> RAMOS, Arlindo Vieira de Almeida. **Prática de Seleção e Aperfeiçoamento de Pessoal**. São Paulo: Atlas, [197-], p.24 *et seq.*

<sup>208</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. *Op. Cit.*, p.104.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p.128.

<sup>210</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Então cabe ao responsável pelo processo seletivo identificar os candidatos com capacidade para a tarefa e que não venham a criar dificuldades, preocupações e prejuízos para a firma.<sup>211</sup>

### 3.3 IMPLANTAÇÃO DE PROCEDIMENTOS DE SELEÇÃO

Existem casos em que um processo de seleção mais complexo é necessário. Em outros, no entanto, o recrutamento pode, sozinho, bastar para a seleção de um candidato no caso de determinadas empresas ou cargos.<sup>212</sup>

Há que se compor os procedimentos de seleção que servirão como base para a previsão da performance dos candidatos, que deve ocorrer após a definição da necessidade de estabelecer um processo seletivo. Posteriormente, para que a escolha do candidato transcorra de forma rápida e racional, ocorre a aplicação dos procedimentos condizentes ao cargo a ser preenchido. “A escolha destes procedimentos está intimamente ligada à escolha das estratégias de seleção.”<sup>213</sup>

A decisão de seleção pode ser correta ou errônea. A correta é observada após a constatação do bom desempenho, no emprego, do candidato escolhido.<sup>214</sup> As decisões errôneas merecem atenção especial, pois podem gerar problemas para quem quer contratar.

Existem dois tipos de decisões errôneas. Há os erros de aceitação, quando os candidatos escolhidos apresentam um desempenho insatisfatório. E há os erros de rejeição, que ocorrem ao não se escolher candidatos que posteriormente teriam desenvolvido as atividades que lhe seriam pertinentes com maestria. Não há como classificar esses erros como insignificantes, pois, no caso dos erros de rejeição a empresa pode ficar vulnerável a denúncias de discriminação. Já nos casos de erros de aceitação, há uma redução de lucro ou aumento de custos para a empresa, por

---

<sup>211</sup> RAMOS, Arlindo Vieira de Almeida. **Prática de Seleção e Aperfeiçoamento de Pessoal**. São Paulo: Atlas, [197-], p.49.

<sup>212</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.123.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p.125.

<sup>214</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

conta da inabilidade do obreiro, e dos novos gastos necessários com demissão e nova contratação, com a realização, novamente, de recrutamento e seleção.<sup>215</sup>

A expectativa criada pelo processo de seleção é o aumento da probabilidade de tomar decisões acertadas, e simultaneamente a redução da probabilidade do cometimento de erros, tanto de aceitação quanto de rejeição.<sup>216</sup>

Alicerça-se o processo seletivo em informações sobre o cargo a preencher. Para um resultado otimizado em sua execução, ou seja, mais preciso e objetivo, é necessário observar as exigências, isto é, o que se espera especificamente para o desenvolvimento das funções.<sup>217</sup>

Primordialmente, torna-se imperativo ajustar a contratação, estipulando as especificações necessárias. Para designá-las, há que se ter conhecimento do que exatamente engloba especificamente aquela atividade, analisando criteriosamente e de forma objetiva aquela função. O mais complicado, quando se fala em preenchimento das vagas, é a definição das qualificações essenciais para a ocupação do cargo. Mas, por conta da enorme quantidade de funções que existem hoje em dia, houve um desestímulo por parte dos pesquisadores, que não mais executam a tentativa de descobrir um conjunto de características que justifiquem o êxito em cada uma dessas funções.<sup>218</sup>

Assim como não há funções que sejam exatamente correlatas às capacidades de cada pessoa, não há ferramentas que sejam tão fidedignas e com validade suficiente para mensurar o desempenho naquela determinada função.<sup>219</sup> Um mesmo instrumento pode não oferecer a mesma eficiência em diferentes decisões, mesmo que elas ocorram sob as mesmas condições.<sup>220</sup>

### 3.3.1 Estratégias de seleção

---

<sup>215</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.126.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>217</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>218</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p.129.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p.130.

Dentre as estratégias de seleção encontram-se duas que são mais utilizadas, a seleção sequencial de dois estágios e a seleção de estágio único. A primeira tem como fundamento os resultados de um único teste ou nota proveniente de vários testes. A segunda é um pouco mais complexa. Quando há insuficiência de informações colhidas no primeiro estágio para a tomada da decisão definitiva de aceitação ou rejeição, é necessária uma apuração mais demorada.<sup>221</sup>

### 3.3.2 Táticas ou modelos de seleção

Antes de mais nada, deve-se estabelecer as táticas ou modelos de seleção a serem utilizados no processo, levando em consideração o grande número de elementos a serem considerados e otimizados.<sup>222</sup>

Ricardo Xavier afirma que as estratégias utilizadas num processo seletivo racional incluem a definição do perfil, a triagem de currículos, a análise dos currículos, documentação e busca de informação, entrevistas iniciais, testes técnicos e de inteligência (ou desempenho cognitivo), dinâmicas e entrevistas de seleção.<sup>223</sup>

### 3.3.3 Questões éticas e legais

Aduz Alice Monteiro de Barros que a invasão à intimidade do candidato ao emprego não deveria ser praticada pelo empregador, que deveria se limitar à obtenção de informações indispensáveis quanto à capacidade profissional do empregado.<sup>224</sup> A violação ao direito à intimidade, constitucionalmente proibida, pode ser proveniente de postura discriminatória, outro valor vedado pela constituição.

---

<sup>221</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.130.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p.132.

<sup>223</sup> XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. **Gestão de pessoas na prática: os desafios e as soluções**. São Paulo: Gente, 2006, p.33 *et seq.*

<sup>224</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.55.

A realidade social ainda envolve a existência dos mais diversos preconceitos, inclusive dentre os psicólogos, que podem levar a ocorrência de discriminação de determinados candidatos no processo seletivo.<sup>225</sup>

### 3.4 INSTRUMENTOS DE SELEÇÃO

Os instrumentos de seleção são “[...] os recursos técnicos empregados na verificação dos conhecimentos, do grau de cultura, dos índices de inteligência, das habilidades, das aptidões, da personalidade, da saúde e das condições físicas dos candidatos.” A utilização dos instrumentos depende do tipo de seleção a ser realizado.<sup>226</sup>

Objetivando a transcorrência do processo da forma mais satisfatória possível, o responsável pela realização da seleção deve analisar as características dos instrumentos para adotar os mais indicados nas seleções para cada cargo a ser preenchido.<sup>227</sup>

Para Alice Monteiro de Barros, os instrumentos mais comumente utilizados pelas empresas são os questionários, os testes psicotécnicos, a entrevista, testes grafológicos.<sup>228</sup> João de Lima Teixeira Filho chama atenção para que a opção por determinados instrumentos de seleção deve ser razoável e pertinente ao cargo a ser preenchido.<sup>229</sup>

Na literatura há uma infinidade de instrumentos de seleção. Porém, faz-se mister a análise apenas de alguns instrumentos mais utilizados nos diferentes processos seletivos, posto que o objeto do estudo prende-se à utilização das redes sociais como um critério de seleção do candidato.

A seguir, averiguar-se-á então os principais instrumentos de seleção vislumbrados na literatura.

---

<sup>225</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.161.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p.163.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p.164.

<sup>228</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.61.

<sup>229</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p. 27.

Em geral, a primeira etapa de um processo seletivo envolve a análise de currículos. Há a verificação de dados objetivos e observa-se a formação, experiência, quais atividades o candidato já desenvolveu.<sup>230</sup>

As referências são usualmente utilizadas para o preenchimento de cargos elevados, mas não deve ser usada como único instrumento.<sup>231</sup>

Há também o inventário biográfico, que consiste em questionário com informações concretas sobre o passado do candidato. Os dados obtidos são mais fáceis de ser confirmados e o examinador pode pedir que o candidato prove o que alegou.<sup>232</sup>

Jogos e vivências em geral são agradáveis, podendo ser realizados individualmente ou em grupo. São benéficos, visto que concedem as examinadores importantes dados quanto a habilidades, características e conhecimentos, assim como o candidato passa por experiência de autoconhecimento que amplia seu aperfeiçoamento, não só profissional, como pessoal.<sup>233</sup>

As dinâmicas de grupo permitem estimar fatores motivacionais, emocionais, comportamentais, capacitações à liderança, e indicam tanto aspectos positivos como negativos.<sup>234</sup> No que concerne a adequação à função e competência, elas fornecem uma apreciação pormenorizada dos candidatos.<sup>235</sup>

Provas de conhecimentos gerais avaliam se o nível cultural do candidato é o suficiente para desempenho do cargo. Não necessariamente é escrita, e guarda relação com o cargo a ser preenchido.<sup>236</sup>

Provas de conhecimentos específicos são comumente aplicados com o auxílio de especialistas na área de atuação do cargo e avaliam capacidade, experiência e conhecimento relativos ao cargo.<sup>237</sup>

---

<sup>230</sup> XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. **Gestão de pessoas na prática: os desafios e as soluções.** São Paulo: Gente, 2006, p.34.

<sup>231</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências.** Niterói: ICHF, 2008, p.164.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p.165.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p.166.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p.167.

<sup>235</sup> XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. **Gestão de pessoas na prática: os desafios e as soluções.** São Paulo: Gente, 2006, p.35.

<sup>236</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p.169.

<sup>237</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

Os testes psicométricos mensuram o comportamento humano de forma objetiva. Eles fundamentam-se nas diferenças individuais em relação a um grupo tomado como padrão para comparação.<sup>238</sup>

A entrevista geralmente possui a presença do gestor, do superior hierárquico, dos responsáveis pela realização do processo seletivo. Pode incluir, se essencial, entrevista com pessoal especializado.<sup>239</sup> Ela é empregada frequentemente e há influência dos resultados da entrevista na decisão final de contratação ou não do candidato.<sup>240</sup>

É notório que o sistema jurídico pátrio não aborda o tema da licitude dos recursos empregados na seleção de pessoal, deixando uma vasta margem de utilização do poder diretivo do empregador de escolher sem precisar se justificar. Entretanto, há que se avaliar a aceitação ética dos instrumentos, e também estabelecer limites realizando investigação apenas da aptidão profissional daquele que almeja o cargo a ser preenchido. A exceção quanto a possibilidade de investigação da vida privada do candidato se dá apenas para os casos em que as informações são importantes para a execução das atividades a serem desenvolvidas.<sup>241</sup>

### 3.5 UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NA ESCOLHA DO EMPREGADO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A substituição da autonomia da vontade pela proteção do sujeito denota mudanças, sobretudo na proba consciência social, e também na ordem civil e na aplicação da legislação vigente.<sup>242</sup> Vale ressaltar que “[...] sempre há defasagens temporais entre a nova consciência social, ou coletiva, e o comportamento dela resultante, entre os

---

<sup>238</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008, p.171.

<sup>239</sup> XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. *Op. cit.*, p.35.

<sup>240</sup> PALHARINI, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p.187.

<sup>241</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.61.

<sup>242</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.73.

valores apregoados e a prática corrente, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado.”<sup>243</sup>

Muitas empresas têm usado as redes sociais como um dentre vários critérios para a escolha do candidato, justificando que as informações são de domínio público, estão ali pela vontade dos indivíduos que as publicam.

Há quem acredite a utilização das redes sociais como um dos critérios para a escolha do candidato constitui um mecanismo de auxílio, enquanto outros consideram um perigo, pela facilidade de favorecer a discriminação.

A rede social pode ser considerada como um meio de auxílio na contratação do empregado, como uma forma de obtenção de dados, a ser utilizada no processo de admissão. As informações publicadas no perfil dos candidatos, classificadas como públicas, estão ao alcance de qualquer pessoa. Por isso, alguns acreditam que poderiam ser utilizadas para avaliação sem qualquer limitação.

O ordenamento jurídico não se manifesta quanto a licitude dos métodos utilizados na avaliação dos candidatos a emprego. Isso favorece o empregador, pois a pesquisa de informações nas redes sociais não é reconhecidamente um instrumento ilícito de pesquisa de informações.

Há que se pensar se podem as redes sociais ser ou não utilizadas como um instrumento no processo seletivo. Encontram-se na literatura referências que relatam o limite do poder diretivo do empregador e que consideram não estar inserido nele o direito de investigar qualquer dado sobre o candidato que não diga respeito exclusivamente a características que apresenta relativas à vaga a ser preenchida.

Preconiza Marúcia Belov que independente dos instrumentos escolhidos para a realização do processo seletivo, é necessária a comprovação da sua aceitação ética, que deve delimitar a avaliação à mensuração da capacitação e qualificação relativas ao cargo a ser preenchido, podendo, entretanto, haver questionamentos sobre experiências anteriores, diplomas ou certificados, dentre outros que influirão no desenvolvimento de suas atividades, caso seja contratado.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.73.

<sup>244</sup> BELOV, Marúcia da Costa. Discriminação limitativa do acesso ao emprego: análise crítica acerca dos testes de seleção frente à prática de pesquisa de antecedentes criminais. **Revista AMATRA 5**:

Não pode o empregador perseguir qualquer informação do empregado que não diga respeito ao cargo a ser preenchido. O processo seletivo deve ser limitado não cabendo aí uma invasão à intimidade do empregado. Por conta disso deve, em sua integralidade, ser conduzido pelo princípio da não-discriminação.<sup>245</sup> Partilha deste pensamento Francisco Rossal de Araújo, ao afirmar que caso se extrapole a colheita de informações, indo além daquelas pertinentes ao cargo a ser preenchido, configurar-se-á mera curiosidade, podendo incorrer em violação à intimidade do indivíduo.<sup>246</sup>

No mesmo sentido segue Alice Monteiro de Barros que estabelece o princípio da não-discriminação como balizador ao poder diretivo do empregador, no que se refere à obtenção de dados do candidato ao emprego, e também durante o contrato de emprego, caso o candidato seja contratado.<sup>247</sup>

Segundo Francisco Rossal, “o princípio da não-discriminação é um consectário, no Direito do Trabalho, do princípio da igualdade. [...] Significa que o empregado não pode ser discriminado pelo empregador, quando em situação semelhante à de outrem.”<sup>248</sup>

Há que se ter em mente também que, apesar do dever do empregador de sempre respeitar a dignidade do empregado, não pode a proteção do direito à intimidade e vida privada acobertar ilicitudes praticadas pelo empregado que prejudiquem a empresa.<sup>249</sup> O empregado deve atuar sempre buscando o melhor para a empresa, desenvolvendo suas atividades da forma mais produtiva possível e de forma lícita. Assim, transcorre a relação entre empregador e empregado de forma pacífica.

O empregador, em verdade, possui uma limitação, relativizada pelo legislador, de sua liberdade para contratar. O contratante tem a liberdade de escolher determinado candidato, desde que não se baseie em qualquer critério discriminatório.<sup>250</sup>

---

Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Salvador: AMATRA 5, v.1, n.3, 2004, p.69.

<sup>245</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.809.

<sup>246</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTR, 1996, p.240-241.

<sup>247</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.59.

<sup>248</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. *Op. cit.*, p.85.

<sup>249</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p.809.

<sup>250</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95). In: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTR, 2010, p.136.

Francisco Rossal de Araújo chama a atenção para o direito do empregador de contratar quem considerar mais apto ao cargo, porém com o limite de tratar a todos os candidatos com dignidade. Aduz ainda que pode o empregador romper o processo seletivo antes de o candidato iniciar suas atividades, porém condena a criação de falsas expectativas, assim como refere ser vedado o tratamento humilhante ou desumano, pois podem ensejar indenização por perdas e danos e também por dano moral.<sup>251</sup>

Apesar de todo o exposto, a realidade prática não condiz com o limite que deveria respeitar o empregador ao investigar a vida do candidato. A prática de análise dos perfis dos candidatos nas redes sociais está se tornando tão corriqueira que hoje em dia há websites que orientam os candidatos a como se portarem nas redes sociais. Dentre as “dicas” estão a não utilização de palavrões, o cuidado com os erros de grafia, selecionar bem os arquivos compartilhados e não expressar opiniões acerca da empresa ou de outros empregados, principalmente se estas forem no sentido de tecer críticas. Aconselha-se ainda os candidatos a emprego a evitar a exposição excessiva nas redes sociais.<sup>252</sup>

Vale salientar que o candidato ao cargo deve sim se responsabilizar pelo que publica na rede. A liberdade da internet muitas vezes leva os indivíduos a cometer excessos que, quando públicos, poderão chegar ao conhecimento de qualquer pessoa, inclusive do empregador. Estes excessos influenciam na escolha do candidato, por mais que se tente uma análise imparcial e direta ao perfil de trabalho do indivíduo.

O ato do candidato de publicar informações deixando-as ao livre acesso de qualquer indivíduo gera consequências. O acesso a informações públicas é livre. Sendo assim, pode o empregador acessar tais informações. Entretanto, o mesmo não pode, imbuído de preconceitos, utilizá-las para excluir o candidato da seleção ou deixar de escolhê-lo para ocupar o cargo, discriminando-o.

---

<sup>251</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTR, 1996, p.214.

<sup>252</sup> MORGADO, Lana Machado. **Comportamento nas redes sociais é avaliado pelas empresas**. Disponível em: <<http://www.bertholdo.com.br/blog/index.php/tecnologia-web/comportamento-nas-redes-sociais-e-avaliado-pelas-empresas/>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

## 4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS NA CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO

### 4.1 DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Em cada um dos ramos do Direito a relação jurídica se destaca evidenciando a formação de institutos jurídicos específicos ao seu redor, assim como regras e princípios aplicáveis àquela determinada relação.<sup>253</sup> Havendo violação desse instituto, surge a obrigação de reparar, ou seja, surge a responsabilidade.

Outrossim, antes da celebração do contrato, ocorrem tratativas, negociações que podem inclusive gerar expectativas reais de que o contrato será pactuado. Sendo assim, se poderia falar em responsabilidade pré-contratual.

Antes de adentrar na relação pré-contratual, há que se conhecer a relação formada pela celebração contratual, que possui, como elementos constitutivos, sujeito, objeto e vínculo. No Direito do Trabalho ela é denominada relação de emprego.

#### 4.1.2 Contrato preliminar

Seguem no mesmo sentido Alice Monteiro de Barros e Luciano Martinez, afirmando que não se deve confundir pré-contrato e contrato preliminar. Não decorre do primeiro direito nem obrigação<sup>254</sup>, ao contrário do contrato preliminar, no qual se evidencia um ajuste preparatório que estabelecerá os limites do futuro pacto, com obrigação de ser formalizado o contrato definitivo.<sup>255</sup>

Entretanto, não partilha da mesma opinião Orlando Gomes, que traz os termos contrato preliminar, pré-contrato, contrato preparatório, promessa de contrato como tendo o mesmo significado.<sup>256</sup> O referido autor expõe duas teorias que explicam a natureza do pré-contrato. A primeira teoria traz o contrato preliminar como uma

---

<sup>253</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTR, 2009.

<sup>254</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 2010.

<sup>255</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>256</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.135.

obrigação de contratar e é criticada, pois seria dispensável, funcionando apenas como uma perífrase, e além disso seria apenas uma obrigação de fazer, que seria compromisso de celebrar outro contrato. Já a segunda teoria “vê no pré-contrato o acordo de vontades que subordina a conclusão do *contrato definitivo à condição meramente potestativa.*”<sup>257</sup>

Outro autor que trata do contrato preliminar é Silvio Rodrigues, referindo ter sempre o mesmo o objetivo de realizar um contrato definitivo, baseando-se no fundamento da autonomia privada. O contrato preliminar não produz os mesmos efeitos do definitivo, mas pode produzir alguns, caso seja o desejo das partes. A utilidade prática do contrato preliminar seria adiar a efetivação do contrato definitivo sem perder o negócio.<sup>258</sup>

Orlando Gomes refere-se ainda à “[...] tendência a considerar o pré-contrato um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato já delineado em seus elementos fundamentais.”<sup>259</sup> Seria assim dispensável nova manifestação de vontade, pois tudo que é necessário já foi devidamente estipulado, bastando, desta forma, exigir sua execução.<sup>260</sup> Caso seja frustrado o pré-contrato, a relação jurídica se exaure; não havendo frustração, produz os efeitos específicos nele contidos. Mostram-se assim inúteis ambas as teorias que discutem a natureza jurídica deste instituto.<sup>261</sup>

A parte pode exigir a eficácia do contrato preliminar, porém a única exigência é que deve ocorrer em tempo hábil, posto que os demais requisitos (forma e capacidade) já foram devidamente verificados. E é no momento que o interessado reclama o cumprimento da obrigação que o contrato definitivo, antes em estado latente, torna-se eficaz, devendo, portanto, ser adimplido. Havendo recusa, ou há a imposição pelo juiz obrigando o cumprimento, fazendo com que os efeitos se produzam, ou é a parte condenada ao pagamento de indenização pelos danos produzidos pela sua recusa.<sup>262</sup>

---

<sup>257</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137.

<sup>258</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p.39-40.

<sup>259</sup> GOMES, Orlando. *Op cit.*, p.137.

<sup>260</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>261</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>262</sup> *Ibidem*, p.139 *et seq.*

Resolve-se o inadimplemento do contrato preliminar, caso se trate de obrigação de fazer, em perdas e danos, pois a obrigatoriedade da prática de determinado ato violaria o direito à liberdade individual. Mas as perdas e danos somente devem ser consentidas caso seja impossível alcançar a prestação prometida. A forma, requisito para que seja pactuado o contrato, é livre, não sendo necessário ser a mesma do contrato definitivo. Pode haver a estipulação de cláusula de arrependimento no contrato preliminar, todavia, caso não haja, qualquer das partes pode exigir a celebração do contrato definitivo. O juiz então suprirá a vontade da parte inadimplente, tendo a sentença valor de contrato, fazendo o contrato preliminar ter cunho de definitivo, ou pode converter em perdas e danos.<sup>263</sup>

Outrossim, há que se agir, desde os primeiros passos de negociações do contrato, com postura ética, para não criar interpretações errôneas, ou romper, sem motivo justo, as negociações e perspectivas sérias e naturais do negócio, exigindo-se conduta regida pela verdade.<sup>264</sup>

Francisco Rossal de Araújo considera frequente a formação de contratos preliminares mesmo nos contratos de emprego, e considera ainda que as partes devem agir com boa-fé na celebração do contrato de trabalho.<sup>265</sup>

Ante todo o quanto exposto, faz-se necessário perquirir a existência ou não das condições anteriormente descritas para que haja a configuração da responsabilidade do empregador, caso frustrate as expectativas reais do candidato ao emprego com a negativa da contratação.

#### 4.1.2 Relação pré-contratual

Carlos Alberto Gonçalves, renomado autor, revela em sua obra que a formação do contrato é precedida de manifestações de vontade que são a oferta e a aceitação. Anteriormente à oferta ocorrem as negociações preliminares, que envolvem, por exemplo, conversas, debates, estudo. Nesta fase preliminar, como ainda não houve

---

<sup>263</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p.130 *et seq.*

<sup>264</sup> RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Juspodivm, 2006, p.12.

<sup>265</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p.239-240.

qualquer manifestação de vontade não há vínculo das partes ao negócio. Porém, o mesmo autor traz uma exceção, que a “[...] responsabilidade só ocorrerá se ficar demonstrada a deliberada intenção, com a falsa manifestação de interesse, de causar dano ao outro contraente, levando-o, por exemplo, a perder outro negócio ou realizando despesas.” Caso fosse pedido perdas e danos pela parte lesada, seria por ilícito civil, e não pelo inadimplemento do contrato.<sup>266</sup>

Durante as fases de negociação, havendo violação da boa-fé objetiva (concernente à obrigação de ambas as partes de comportar-se com lealdade) com conseqüente lesão à pessoa do candidato, resta configurada a responsabilidade pré-contratual do empregador pelos danos causados.<sup>267</sup>

No mesmo sentido segue Silvio Rodrigues para quem os deveres decorrentes do princípio da boa-fé, como informação, proteção e lealdade, surgem nas negociações preliminares, enquanto que o desrespeito desses deveres pelas partes gera a responsabilidade do contraente.<sup>268</sup>

Alice Monteiro de Barros explicita a necessidade precípua do consentimento manifestado, sob pena da não configuração da responsabilidade pré-contratual, além, é claro, da existência do dano, que tem como pressupostos atualidade e certeza. A renomada autora afirma ainda que poderá suscitar reparação a interrupção repentina das negociações sem considerar as possíveis conseqüências, evidenciada pela causalidade observada quando se conecta a conduta originária do dano ao prejuízo.<sup>269</sup>

Todavia, mostra-se importante contrapor o pensamento de Maria Helena Diniz ao afirmar que “não se poderá imputar responsabilidade civil àquele que houver interrompido essas negociações, pois, se não há proposta concreta, se nada existe de positivo, o contrato ainda não entrou em seu processo formativo, nem se iniciou”. Será possível, embora de forma excepcional, o surgimento da responsabilidade civil

---

<sup>266</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3, p. 73.

<sup>267</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

<sup>268</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>269</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*

entre as partes, caso alguns pontos do contrato sejam reduzidos a termo durante o período de negociações preliminares.<sup>270</sup>

Segundo Felipe Peixoto Braga Neto, a boa-fé prevista no artigo 422 do Código Civil de 2002<sup>271</sup> tem sido aplicada também na fase pré-contratual.<sup>272</sup> A incidência da da boa-fé na fase pré-contratual e contratual não é abordado em nenhum artigo específico da CLT. Entretanto, constitui um critério interpretativo do contrato de trabalho a conduta de se cumprir os compromissos.<sup>273</sup>

Produzindo esta fase negocial uma expectativa concreta por conta da lealdade e confiança partilhada pelos contratantes entre si, é possível falar em responsabilidade extracontratual da parte que se retirou das negociações sem uma justificativa plausível.<sup>274</sup>

No que tange à relação de trabalho, caso haja o “sim” do empregador para a contratação do candidato e este abra mão de outras propostas, ou faça gastos tendo em vista a certeza da contratação, pode, tal candidato, caso o empregador volte atrás, se sentir lesado e buscar a pretensão no Poder Judiciário.

Na jurisprudência há precedentes, como se observa nas ementas a seguir:

TRT-PR-16-10-2007 I - PRÉ-CONTRATAÇÃO. PROMESSA DE EMPREGO - VIOLAÇÃO À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AOS PRINCÍPIOS DA PROBIDADE E BOA-FÉ NA CONTRATAÇÃO. A empresa que realiza todas as tratativas, testes seletivos e treinamentos para a contratação de empregado, causando-lhe a certeza da formalização do contrato de trabalho, e ao final quebra unilateralmente o pactuado, ofende os princípios da probidade e boa-fé na contratação, o que gera o dever de indenizar o trabalhador, por aquilo que deixou de ganhar. Inteligência dos artigos 421, 422 e 944 do Código Civil. Em recurso ordinário, confirmou-se a pretensão da reclamante. II - Ausente omissão, rejeitam-se os embargos declaratórios da reclamada. (TRT 9ª Região - PR-99515-2006-071-09-00-0-ACO-29874-2007 - 1A. TURMA Relator: Benedito Xavier da Silva. Publicado no DJPR em 16/10/2007)<sup>275</sup>

---

<sup>270</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42.

<sup>271</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>272</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 427.

<sup>273</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p.237.

<sup>274</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

<sup>275</sup> PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Paraná. Recurso Ordinário Nº 29874/07. Primeira turma. Relator: Benedito Xavier da Silva. Julgado em 16 out. 2007. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=2649906](http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=2649906)> Acesso em: 07 ago. 2013

EMENTA: PROCESSO SELETIVO/NÃO CONTRATAÇÃO/INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. No processo seletivo, embora não exista a certeza de admissão e tendo a empresa o direito de verificar suas conveniências, há limitações. A empresa que submete candidata a testes de admissão e a aprova, acorda função e salário, autoriza exames médicos admissionais, solicita documentos para a contratação, fornece recibo de vale transporte e de uniforme e, ainda, autoriza abertura de conta salário declarando-a sua funcionária, cria a expectativa de emprego. A não contratação, sem motivo justificável, gera angústias e perdas, já que a candidata rejeitou outras ofertas de emprego diante da iminência deste. Reparação deve ser feita através de indenização por danos materiais e morais. Recurso conhecido e não provido. (TRT 15ª Região - 9ª Câmara, Quinta turma, RO 00454-2006-085-15-00-2, Relator: Des. Nildemar da Silva Ramos, DJ 30/10/07)<sup>276</sup> Acesso em: 08/08/2013.

Ademais, quando o candidato consegue ter acesso e comprovar informações de que não foi contratado por motivo discriminatório, pode também gerar para este o direito de perquirir, através de ação judicial, a reparação e/ou indenização.

#### 4.1.3 Ônus da prova

Cândido Rangel Dinamarco conceitua ônus da prova como sendo “[...] o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”<sup>277</sup>

Para Cassio Scarpinella Bueno “[...] ‘ônus da prova’ deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo”.<sup>278</sup>

A legislação pátria abriga a distribuição do ônus da prova no artigo 333, CPC<sup>279</sup> e também no art. 818, CLT<sup>280</sup>. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, a regra trazida pelo art. 333, CPC baseia-se na ideia de que somente os

<sup>276</sup> SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. Recurso Ordinário Nº 00454-2006-085-15-00-2. 9ª câmara. Quinta turma. Relator: Nildemar da Silva Ramos. Julgado em 30 out. 2007. Disponível em: <[http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?TipoConsulta=PROCESSO&n\\_idv=786614](http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?TipoConsulta=PROCESSO&n_idv=786614)> Acesso em: 07 ago. 2013.

<sup>277</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.

<sup>278</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>279</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>280</sup> Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

fatos que constituem direitos afirmados pelo autor devem ser por ele comprovados, pois não há sentido que o autor, que possui intenção de provar seu direito, se refira a fatos que o impeçam de assegurar seu direito.<sup>281</sup>

Partilha da mesma ideia Cândido Dinamarco, quando sintetiza que aquele que se interessa pela reconhecença do fato que alega está tocado pelo ônus da prova, e aponta este ônus como “mola propulsora da efetiva participação dos litigantes”.<sup>282</sup> Na lição de Marinoni: “afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram.”<sup>283</sup>

O renomado autor Humberto Theodoro Júnior refere não haver a obrigação de provar, assim como não pode a parte oposta fazer qualquer exigência probatória ao autor. O que há é um risco assumido por aquele que litiga de não sair vencedor na ação caso não prove os fatos constitutivos por ele alegados.<sup>284</sup> Isso não significa que necessariamente o resultado será adverso para a parte que não produziu a prova, o que se observa é a elevação do risco de que isso aconteça.<sup>285</sup>

O ônus da prova não pressupõe obrigação de praticar a conduta probatória. A parte interessada, que faz a escolha de produzir a prova, opta por executar ou não o ato, e não pode ser obrigada a fazê-lo por outra parte, nem tampouco pelo julgador.<sup>286</sup>

A regra do ônus da prova é dirigida tanto às partes quanto ao juiz. Daniel Assumpção Neves afirma que é corrente a divisão do estudo do ônus da prova em ônus subjetivo e ônus objetivo. A análise do ônus subjetivo da prova envolve a definição da responsabilidade pela produção daquela prova específica. Já o ônus objetivo é considerado uma “regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente”.<sup>287</sup>

---

<sup>281</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

<sup>282</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 71-72.

<sup>283</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 267.

<sup>284</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 436.

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>286</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 25.

<sup>287</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 416.

De acordo com Fredie Didier, “diz-se, em síntese, que o ônus subjetivo é regra dirigida às partes, enquanto que o ônus objetivo é regra de julgamento dirigida ao órgão jurisdicional em caso de insuficiência das provas produzidas.”<sup>288</sup>

Quando dirigida ao juiz, pode ser tanto uma regra de decisão como uma regra terminante da constituição do convencimento do magistrado. Este, na fase de convicção, deve considerar o caso concreto levado à baila além da natureza dos fatos que se está discutindo e também a quem compete a prova destes. Entretanto, há situações em que a verossimilhança do direito que o autor alega ser possuidor pode levar ao convencimento do douto magistrado.<sup>289</sup>

De forma muito coerente leciona Suzana Santi Cremasco que há uma modificação na conduta do magistrado, assumindo papel de intérprete que age e cria, ao invés de um mero julgador do conflito. Há também mudança no que tange às partes, que passam a agir como colaboradores no processo, com conduta proba, leal e de boa-fé.<sup>290</sup>

Além da norma prevista no art. 333, CPC, há ainda normas específicas relativas à distribuição do ônus da prova que são aplicadas a determinados casos previstos em lei. Há também a possibilidade de inversão do ônus da prova, comumente observado no Direito do consumidor, por exemplo.

A inversão do ônus da prova é admitida no ordenamento pátrio por imposição legal ou também por convenção das partes, mas há um limite disposto no parágrafo único do art. 333, CPC (não poderá recair sobre direito indisponível nem poderá tornar excessivamente difícil a prova do fato em juízo por uma das partes).<sup>291</sup>

A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial *unitário* para todas as situações concretas. Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista

---

<sup>288</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 2, p. 77.

<sup>289</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento.** 7 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

<sup>290</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.** 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 78.

<sup>291</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto.<sup>292</sup>

Esta distribuição do ônus da prova prevista no ordenamento jurídico brasileiro é conhecida como distribuição estática do ônus da prova. Porém, acertadamente trata Humberto Theodoro Júnior que:

Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333.<sup>293</sup>

O que se observa é que há casos em que não é capaz a parte incumbida pela legislação de produzir aquela prova, o que remonta à ideia de que, nas palavras de Fredie Didier, “[...] essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação pode conduzir a julgamentos injustos.”<sup>294</sup>

Vale frisar, conforme Silvio Scarpinella Bueno, que “[...] o ônus da prova deve ser compreendido em contexto mais amplo, que tem aptidão de interferir decisivamente no procedimento e, pois, em toda a dinâmica da fase instrutória e que, por definição, antecede o julgamento.”<sup>295</sup>

Daniel A. Assumpção Neves chama atenção para a possibilidade de não aplicação do art. 333 do CPC, sendo a determinação da regra de distribuição do ônus probatório realizada de acordo com o caso concreto (e não de forma prévia), ficando a referida distribuição a cargo do magistrado, que tomaria por base a sua avaliação de qual das partes produziria aquela prova mais facilmente.<sup>296</sup>

Leciona Alexandre Câmara que nem sempre se entende como a melhor a forma estática de distribuição probatória. O renomado autor traz à baila a “possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao

<sup>292</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

<sup>293</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 438.

<sup>294</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 2, p. 95.

<sup>295</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

<sup>296</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2011, p. 417.

magistrado atribuir o ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir.”<sup>297</sup>

A teoria dinâmica do ônus da prova tem por base não apenas a análise da abstração da lei, mas também, especialmente, as particularidades do caso concreto, e ainda as reais possibilidades das partes despirem-se de forma escorregada do seu ônus de provar objetivando o convencimento do d. magistrado.<sup>298</sup>

Não há que se falar em revogação da teoria adotada pelo ordenamento pátrio, mas sim de complementação desta, fazendo-o, conforme acrescenta Humberto Theodoro Jr.:

[...] à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.<sup>299</sup>

Nos casos em que seja possível a variação das regras gerais (estáticas) dos incisos do art. 333, CPC, o magistrado (para quem a prova se dirige) deve averiguar com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas daquilo que alega.<sup>300</sup>

Quando se fala em distribuição dinâmica do ônus da prova, é importante ressaltar que nem o interesse da produção da prova nem a natureza do fato que se pretende provar são primordiais. Em verdade, o que se considera é de quem tem a maior facilidade de produção probatória.<sup>301</sup> Em consonância com este pensamento está Bruno Freire e Silva, quando traz à baila a afirmação de que visa a distribuição dinâmica do ônus probatório a efetividade da prestação jurisdicional, nos casos em que a produção da prova seja muito difícil ou impossível para uma das partes, independentemente da condição de hipossuficiente da mesma.<sup>302</sup>

<sup>297</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 437.

<sup>298</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

<sup>299</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 439.

<sup>300</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 248.

<sup>301</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 2, p. 97.

<sup>302</sup> SILVA, Bruno Freire e. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *In*: LOPES, Ricardo Augusto de Castro; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A Prova no Direito Processual Civil: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.86.

Apesar de não se encontrar explicitado este entendimento no CPC, o mesmo é adotado por parcela doutrinária, que interpretaria de forma sistemática esta teoria, atribuindo sê-la desinente dos princípios da solidariedade, igualdade, lealdade, boa-fé, veracidade, e também do devido processo legal e do acesso à justiça. Desta forma, a leitura do art. 333, CPC deve ser realizada considerando os referidos princípios.<sup>303</sup>

Para Alexandre Câmara, a aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova independe de previsão no sistema jurídico e deve ser considerada como exceção. Seria uma maneira de manter a força das partes em equilíbrio no processo, configurando a exteriorização do princípio da isonomia. Para o renomado autor, tal teoria só seria aplicável se não houvesse qualquer condição da parte de produzir tal prova.<sup>304</sup>

Com clareza aduz Humberto Theodoro Jr. que a distribuição dinâmica do ônus da prova não significa eximção por completo do dever de provar da parte que não possui condições de fazê-lo, o que há é uma atenuação de algum aspecto do fenômeno a ser provado. E traz ainda três requisitos para a aplicação desta teoria, quais sejam: a parte para a qual se direciona o ônus probatório não fica incumbida de produzir determinada prova, mas sim de elucidar para o magistrado o fato controvertido; a parte que recebe o direcionamento do ônus da prova deve ter condições de fazê-lo; e a parte não pode ser surpreendida pela redistribuição, tendo que ser notificada de tal incumbência, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.<sup>305</sup>

No que pertine à utilização desta teoria no processo do trabalho, Guilherme Guimarães Feliciano adverte que já há por parte do TST relativização da distribuição desse ônus, conforme observado nas súmulas 212<sup>306</sup> e 338<sup>307</sup>, TST, e também na

---

<sup>303</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, v. 2, p. 98-99.

<sup>304</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 437-438.

<sup>305</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 52 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 439-440.

<sup>306</sup> Súmula nº 212 do TST

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

<sup>307</sup> Súmula nº 338 do TST

OJ 233 SDI-1, TST<sup>308</sup>. O respeitável autor acredita que “deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts. 818/CLT e 333/CPC [...]”<sup>309</sup>

O nobre doutrinador instrui ainda que há quatro hipóteses de inversão do ônus da prova referidos pela doutrina e jurisprudência de vanguarda, quais sejam as ações judiciais que: fazem denúncias dos danos ao meio ambiente (no âmbito do direito do trabalho, relaciona-se com a violação aos deveres do empregador de manter um meio ambiente de trabalho que enfoque ergonomia, segurança e higidez), envolvem discriminação, denunciam assédio sexual e/ou moral e fazem denúncia de condutas que violam privacidade e intimidade do indivíduo.<sup>310</sup>

Alessandro Severino Vallér Zenni acredita que o ônus da prova no processo laboral não deve ser interpretado de forma especial, pois enfatizaria tratamento desigual entre empregador e empregado, numa tentativa de amenizar a falta de equilíbrio econômico. Para ele, a desigualdade seria proveniente do direito material, cabendo ao direito processual apenas efetuar sua instrumentalização. No entanto, admite a validade da distribuição dinâmica do ônus da prova, sem causar prejuízo aos critérios interpretativos do art. 818, CLT.<sup>311</sup>

Para Guilherme Guimarães Feliciano, no processo trabalhista deve primar a distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta características

---

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

<sup>308</sup> 233. HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO (nova redação) - DJ 20.04.2005 A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.

<sup>309</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 72, n.8, ago. 2008, p. 921.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 922

<sup>311</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo laboral. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 63, n.7, jul. 1999, p.916.

como indícios, verossimilhança do que se alega, instrumentalidade do processo e a ponderação dos direitos fundamentais divergentes.<sup>312</sup>

Alessandro Zenni preconiza que há relativização das regras do art. 333, CPC, e 818, CLT, gerada pelo dever de inversão do ônus da prova que favorece aquele que alegou fatos verossímeis, para tornar fácil e ágil o procedimento probatório.<sup>313</sup> E chama ainda a atenção para a compreensão da redistribuição do ônus da prova, no caso concreto, também como uma forma de tornar flexível a distribuição da carga probatória, atribuindo à parte que possua condições de produzir a prova o ônus de fazê-lo em juízo.<sup>314</sup>

Quanto ao momento de aplicação dessa teoria no processo do trabalho, Bruno Freire e Silva acredita ser a melhor opção quando do saneamento ou da instrução processual.<sup>315</sup>

Deste modo, mostra-se clara a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus probatório no processo do trabalho, devendo ser aplicada sempre que for muito difícil ou impossível à parte produzir determinada prova. Isto posto, quando o candidato a emprego não tiver condições de provar o motivo pelo qual não foi contratado pelo empregador, alegando ter, tal afirmação, relação com achados em suas redes sociais, caberá ao empregador provar que não é este o motivo.

O empregador deve agir com boa-fé, probidade e lealdade e demonstrar quais os reais motivos para a não contratação daquele candidato, já que tem condições para tanto.

#### 4.1.4 Competência da justiça do trabalho

---

<sup>312</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 72, n.8, ago. 2008, p. 925-926.

<sup>313</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo laboral. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 63, n.7, jul. 1999, p.917.

<sup>314</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>315</sup> SILVA, Bruno Freire e. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *In*: LOPES, Ricardo Augusto de Castro; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A Prova no Direito Processual Civil**: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.91.

A competência material é uma “manifestação jurisdicional que delimita da atuação do Juízo de acordo com a especialização de conteúdo do direito material em conflito que deu lugar à relação jurídica de processo”.<sup>316</sup>

Antes inserida e limitada pela CLT, no art. 652, a competência da Justiça do Trabalho poderia, como regra, julgar dissídios que tivessem como objeto matéria trabalhista, exceto a autorização inserida no inciso III do artigo supracitado, que permitia o julgamento de dissídio que resultasse de contrato de empreitada, no qual o empreiteiro fosse operário ou artífice.<sup>317</sup> Após a Constituição Federal de 1988, essa competência passou a ser determinada pelo seu art. 114, posteriormente modificado,<sup>318</sup> com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que deu à competência da Justiça do Trabalho a conformação que possui atualmente.<sup>319</sup>

---

<sup>316</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2005, p.154.

<sup>317</sup> Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

a) conciliar e julgar:

I - os dissídios em que se pretenda o reconhecimento da estabilidade de empregado;

II - os dissídios concernentes a remuneração, férias e indenizações por motivo de rescisão do contrato individual de trabalho;

III - os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice;

IV - os demais dissídios concernentes ao contrato individual de trabalho;

b) processar e julgar os inquéritos para apuração de falta grave;

c) julgar os embargos opostos às suas próprias decisões;

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;

e) impor multa e demais penalidades relativas aos atos de sua competência.

V - as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - OGMO decorrentes da relação de trabalho;

Parágrafo único - Terão preferência para julgamento os dissídios sobre pagamento de salário e aqueles que derivarem da falência do empregador, podendo o Presidente da Junta, a pedido do interessado, constituir processo em separado, sempre que a reclamação também versar sobre outros assuntos.

<sup>318</sup> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II. as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III. as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV. os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V. os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI. as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII. as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII. a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às

Importante ressaltar ainda que, com a Lei nº 7.494, de 17 de junho de 1986, que modificou o artigo 643 da CLT, houve significativa ampliação da competência da Justiça do Trabalho, alcançando as relações entre os tomadores do serviço e os trabalhadores avulsos.<sup>320</sup> A Constituição Federal, posteriormente, no artigo 7º, XXXIV, equiparou os direitos dos trabalhadores avulsos aos dos trabalhadores com vínculo empregatício<sup>321</sup>, sendo aqueles empregados por equiparação.

Com a modificação oriunda da Emenda Constitucional nº 45 houve uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a julgar quaisquer conflitos que decorram de uma relação de trabalho, incluindo corretores de imóveis e representantes comerciais, dentre outros.<sup>322</sup> Porém, estes novos conflitos serão julgados de acordo com lei especial, se houver, ou de forma genérica, como estabelecem os artigos 593 a 609 do Código Civil, que dispõem sobre contratos de prestação de serviços autônomos<sup>323</sup>.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, diversos tipos de relações jurídicas são abrangidas pelo gênero relação do trabalho, como o trabalho autônomo e o eventual, e vêm sendo julgadas pela Justiça Cível, contrariando todo o exposto.<sup>324</sup>

---

mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º - Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

<sup>318</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidente da República.

<sup>319</sup> PESSOA, Valton. **Manual de processo do trabalho**. 3.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

<sup>320</sup> Art. 643 - Os dissídios, oriundos das relações entre empregados e empregadores bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho.

§ 1º - As questões concernentes à Previdência Social serão decididas pelos órgãos e autoridades previstos no Capítulo V deste Título e na legislação sobre seguro social.

§ 2º - As questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas a justiça ordinária, na forma do Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, e legislação subsequente.

§ 3º A Justiça do Trabalho é competente, ainda, para processar e julgar as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - OGMO decorrentes da relação de trabalho.

<sup>321</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, CF: Senado, 1988.

<sup>322</sup> PESSOA, Valton. *Op. cit.*

<sup>323</sup> BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

<sup>324</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Outro assunto hoje já sedimentado na competência da Justiça do Trabalho é o reconhecimento da possibilidade de julgamento, por ela, de ações de danos morais que envolvam a relação de emprego.<sup>325</sup>

No que tange a demandas ocorridas na fase pré-contratual, ou seja, anteriormente à contratação do empregado, como por exemplo, na fase ainda do processo seletivo, há divergência na doutrina se a competência para julgar tais demandas seria da Justiça do Trabalho ou da Justiça comum.

José Roberto Freire Pimenta, imputa os casos de responsabilidade pré-contratual à Justiça do Trabalho, por entender que se situa na esfera da relação de emprego a ocorrência de uma situação em que o contratante não admite o candidato praticando ato discriminatório, atitude legalmente vedada.<sup>326</sup>

Cumprе ressaltar que atualmente já são encontrados diversos precedentes jurisprudenciais referentes a danos ocorridos aos candidatos a emprego durante a fase pré-contratual na justiça do trabalho, conforme se observa nas ementas anteriormente colacionadas ao presente estudo.

As formas de reparar o candidato (oriundas da responsabilidade civil) são aplicadas de forma genérica para as hipóteses da lei 9.029, de 1995<sup>327</sup>, ou para questão qualquer que se subordine à regra geral da isonomia, pois não estão expressamente previstas na legislação.<sup>328</sup>

Para João de Lima Teixeira Filho, caso o dano moral a um candidato seja verificado durante o processo seletivo, não será a apreciação deste da competência da Justiça do Trabalho, por conta do dano haver ocorrido no período pré-contratual, porquanto não está configurada ainda a relação de emprego, relação esta que atrai para si a competência trabalhista. Caberia, sim, à Justiça comum, a apreciação de tal

---

<sup>325</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.161.

<sup>326</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos Processuais da Luta contra a Discriminação, na Esfera Trabalhista. A Tutela Antecipatória como Mecanismo Igualizador dos Litigantes Trabalhistas. *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.216.

<sup>327</sup> BRASIL. Lei ordinária nº 9.029 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional.

<sup>328</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95). *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.138.

demanda.<sup>329</sup> Opõe-se a esse pensamento Alice Monteiro de Barros que acredita ser da Justiça do Trabalho a competência para julgamento das demandas ocorridas em fase pré-contratual originadas por ato do empregador que invada a vida privada do candidato.<sup>330</sup> Chama a atenção, ainda, Francisco Rossal De Araújo, para o fato de que a responsabilidade pré-contratual tem por base a ação de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, que presume a lealdade entre as partes, e também a boa-fé subjetiva.<sup>331</sup>

Em se tratando da ocorrência de discriminação antes da celebração do contrato, ainda na fase pré-contratual, seria possível ajuizar ação de indenização por danos materiais e/ou morais, com base no artigo 186 do Código Civil de 2002.<sup>332</sup> Quem julgaria a causa em questão seria, para Márcio Túlio Viana e Raquel Betty de Castro Pimenta, a Justiça do Trabalho. Apesar de não haver ainda a formação da relação de emprego ou trabalho, estaria agindo a empresa com a intenção da formação de tal contrato, sendo suficiente para atrair a demanda para a Justiça do Trabalho, como trata o art. 114 da Constituição Federal.<sup>333</sup>

#### 4.1.5 Responsabilidade civil

Segundo José de Aguiar Dias, o termo responsabilidade pressupõe noção de equivalência de contraprestação e constitui fenômeno conexo a todos os aspectos da vida em sociedade, não apenas no âmbito jurídico.<sup>334</sup>

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça.”<sup>335</sup> Evidencia-se a quebra do equilíbrio jurídico-

---

<sup>329</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p.36.

<sup>330</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.169.

<sup>331</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p.236 *et seq.*

<sup>332</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>333</sup> PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95). *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108-117, p.138

<sup>334</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.4.

<sup>335</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.14.

econômico observado entre agente e vítima, causada pelo dano originado do ato ilícito. Isso gera necessidade de reconstituir esse equilíbrio, buscando a restauração do *status quo ante*.<sup>336</sup>

Porém, a ideia de reparação é ainda mais ampla, pois há situações não ensejadas por ilicitude do agente que merecem reparação, gerando, assim, o dever de indenizar. Em assim sendo, entende-se que há, além do ato ilícito, outras fontes de responsabilidade.<sup>337</sup>

#### 4.1.5.1 Conceito

Segundo Rodolfo Pamplona e Pablo Stolzi, para que haja responsabilidade civil, é necessário um ato lesivo, a princípio ilícito, que desrespeite norma legal ou contratual, o que gera obrigação de reparar.<sup>338</sup>

Para Rui Stoco, a responsabilidade civil é “[...] a retratação de um conflito”. E será alegada sempre que alguém sofrer um dano, não auferir o que julgava merecer, que houver ofensa moral ou física ou tiver seus direitos desrespeitados.<sup>339</sup>

Maria Helena Diniz define:

[...] responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.<sup>340</sup>

Quando do cometimento do ilícito civil, nasce para o autor a obrigação de reparar aquele que sofreu o dano.<sup>341</sup> Entretanto, a responsabilidade civil é um dos possíveis efeitos do ilícito civil, e portanto não pode com este ser confundidos. Porém, não é

---

<sup>336</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.14.

<sup>337</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7, p.21.

<sup>338</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9.

<sup>339</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.133.

<sup>340</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p.50.

<sup>341</sup> STOCO, Rui. *Op. cit.*, p.140.

originária a responsabilidade civil apenas do ato ilícito, sendo este também possível motivador da responsabilidade civil, o que não ocorre com frequência.<sup>342</sup>

“O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.”<sup>343</sup> Sendo assim, resta claro que eminentemente repressiva é a responsabilidade civil, pois configura-se após a ocorrência do dano.<sup>344</sup>

A conformação atual da responsabilidade civil é comandada pelo princípio da *restitutio in integrum*, que preconiza o restabelecimento do *status quo ante* por uma via natural ou, caso não seja possível, a indenização cujo valor se aproxime o máximo possível ao do dano sofrido pela vítima.<sup>345</sup>

#### 4.1.5.2 Classificação

Na legislação brasileira são encontradas duas formas de responsabilidade, tanto a subjetiva quanto a objetiva. Pablo Stolzi e Rodolfo Pamplona explicam que a responsabilidade subjetiva resulta da prática do ato que acarreta o dano, seja ele culposo ou doloso. Ela está prevista no artigo 186 do Código Civil de 2002, e limita o dever de reparação ao cometimento de ato ilícito, seja por ação ou omissão.<sup>346</sup>

Também neste sentido se encontra Carlos Roberto Gonçalves, que aduz ser a culpa pressuposto da responsabilidade subjetiva.<sup>347</sup>

Quando há a obrigação de reparar sem que seja necessária a determinação da culpa, ou seja, independe do dolo ou culpa de quem pratica o ato, resta configurada a responsabilidade civil objetiva. Em geral são hipóteses baseadas no risco da atividade de quem praticou o ato.<sup>348</sup> Essa teoria está prevista no parágrafo único do

---

<sup>342</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10-11.

<sup>343</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.55.

<sup>344</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p.11.

<sup>345</sup> GENDREL, Michel *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7, p.23-24.

<sup>346</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13.

<sup>347</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

<sup>348</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p.15.

artigo 927 do Código Civil de 2002, que relata independência da culpa a obrigação de reparar.<sup>349</sup>

Sendo assim, resta claro que a culpa configura um elemento apenas acidental da responsabilidade civil, posto que não é essencial para a sua caracterização.<sup>350</sup> Em seus ensinamentos, Carlos Roberto Gonçalves diz que para a configuração da responsabilidade objetiva não se exige prova de culpa na causa do dano para surgir obrigação de reparar. Em verdade ela pode existir ou não, mas não será necessária para gerar a obrigação de reparar.<sup>351</sup>

A responsabilidade civil a ser imputada nos casos em que haja conduta violando a intimidade do indivíduo e/ou em desacordo com o princípio da não-discriminação, parte da conduta de um agente, em desacordo a normas previstas no ordenamento jurídico, o que configura a responsabilidade civil subjetiva. Por isso, não é a responsabilidade objetiva foco do presente estudo, não se fazendo necessário aprofundar tal conhecimento.

Outra classificação encontrada é de responsabilidade contratual e extracontratual. A contratual advém pela violação dos termos acordados num contrato. Já a extracontratual ou aquiliana é aquela que não advém de um contrato, aplicando-se o artigo 186 do Código Civil de 2002 que pressupõe dolo ou culpa para dar origem ao dever de reparar o dano causado. A previsão da responsabilidade contratual se funda nos artigos 395 e 389 do Código Civil e a extracontratual nos artigos 186 a 188 e 927 do mesmo diploma legal.<sup>352</sup>

Felipe P. Braga Neto diferencia a responsabilidade civil contratual da extracontratual quanto à reparação. Para configuração da primeira não seria necessária a prova da culpa, apenas o inadimplemento, o que seria bom para a vítima. Porém, há a propensão de tratá-las “conjuntamente sob princípios comuns”.<sup>353</sup>

---

<sup>349</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>350</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

<sup>351</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.59.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 62

<sup>353</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.11, p.426.

#### 4.1.5.3 Pressupostos da responsabilidade civil

Para a configuração da responsabilidade civil é necessário que haja a presença de alguns pressupostos, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Independentemente de se tratar de responsabilidade subjetiva ou objetiva, para que haja a responsabilização do agente é imprescindível a ocorrência do dano, seja ele decorrente de ato lícito quando previsto, ou ilícito, ou ainda de implemento contratual.<sup>354</sup>

##### 4.1.5.3.1 Conduta

A conduta humana, seja ela por ação ou omissão, é que leva à causação do dano. Ela tem como fundamento a vontade de quem a pratica, que deve ter percepção das possíveis consequências do seu ato.<sup>355</sup>

Conforme ensinamento de Sergio Cavalieri Filho, “a ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.”<sup>356</sup>

É fundamento da responsabilidade a existência de conduta qualificada pelo ordenamento jurídico, que pode ser omissiva ou comissiva, e que pode se manifestar por meio de ato ilícito (culpa) ou lícito (risco).<sup>357</sup>

A obrigação de reparar a lesão pode ser gerada pelo ato ilícito praticado com culpa, sendo este entendido como o ato praticado em desrespeito a norma jurídica. É ele quem viola o direito subjetivo individual, gerando prejuízo à vítima.<sup>358</sup>

##### 4.1.5.3.2 Dano

---

<sup>354</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.151.

<sup>355</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27.

<sup>356</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.25.

<sup>357</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.53.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p.57.

Configura o dano um elemento imperativo na conformação da responsabilidade civil no direito pátrio.<sup>359</sup> No mesmo sentido prelecionam Pablo Stolzi e Rodolfo Pamplona como sendo o dano elemento indispensável para a conformação da responsabilidade civil, sendo ele o prejuízo causado pelo ato volitivo do autor com consequente lesão a interesse jurídico tutelado.<sup>360</sup>

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, há quem alegue ser o dano a subtração de um “bem jurídico”, abarcando assim a honra e a vida, que seriam bens merecedores de proteção, mas, para o referido autor, a definição tradicional de dano é de que há “diminuição do patrimônio”.<sup>361</sup>

Não havendo dano, não há obrigação de reparar. Havendo o dano, conforme preconizado no caput do artigo 944 do Código Civil de 2002,<sup>362</sup> a indenização por ele gerada depende da sua extensão.<sup>363</sup>

O dano causado pode ser patrimonial ou moral. A lesão a patrimônio envolve direitos que podem ser auferidos economicamente pelo seu detentor, compostos pelo dano emergente (prejuízo real) e lucro cessante (o que a vítima deixou de ganhar).<sup>364</sup>

O dano material é mensurado observando a redução patrimonial, objetivando seu ressarcimento a restauração do *status quo ante*, sempre que possível. Se não for possível persegue-se a compensação por meio de indenização.<sup>365</sup>

O dano material pode alcançar, além do patrimônio que a vítima possui, seu patrimônio futuro. Isso quer dizer que pode produzir efeitos tanto redutivos do patrimônio (dano emergente), quanto impeditivos do seu crescimento (lucro cessante). Por este motivo, subdivide-se o dano material em dano emergente e lucro cessante.<sup>366</sup>

---

<sup>359</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas. 2013, p.104.

<sup>360</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.35-36.

<sup>361</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.475.

<sup>362</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

<sup>363</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.151.

<sup>364</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p.40-41.

<sup>365</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.545.

<sup>366</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.78.

O dano moral ocorre quando há lesão a direitos que não podem ser auferidos economicamente.<sup>367</sup> “[...] o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa [...]”.<sup>368</sup> Lesões a direitos fundamentais como, por exemplo, lesão à intimidade do indivíduo, não podem ser economicamente auferidas. Entretanto geram consequências que merecem ser compensadas.

A lição de Carlos Roberto Gonçalves é clara quando diz que dano moral “é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio”.<sup>369</sup>

Para João de Lima Teixeira Filho:

O dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiros que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é amoldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida.<sup>370</sup>

A compensação pela ocorrência de danos morais é reconhecida pela própria legislação pátria, conforme se depreende, por exemplo, do artigo 186 do Código Civil de 2002.

O dano moral, para Carlos Roberto Gonçalves, ocorre nos casos com lesão que não inflija qualquer efeito no patrimônio, mesmo aqueles consequentes apenas de reflexo patrimonial.<sup>371</sup> Preleciona ainda que estados de espírito como angústia, dor, humilhação e aflição espiritual são decorrentes do dano.<sup>372</sup>

Não há como medir o dano moral, mas é possível, sim, inferir do passado da vítima, do seu comportamento, da conjuntura do caso. Há que se comprovar que o potencial ofensivo do fato leva a deduzir que fere algo muito estimado pela vítima.<sup>373</sup>

O que é factível é que seja realizada a compensação do dano moral levando em conta a extensão do prejuízo, a gravidade da ofensa e sua repercussão, o proporção do sofrimento da vítima, a intensidade da culpa ou do dolo e, ainda, assevera Alice

---

<sup>367</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.43.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p.55.

<sup>369</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.478.

<sup>370</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p.17.

<sup>371</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.478.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p.491.

<sup>373</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1909.

Monteiro de Barros que seria considerado também a situação econômica do ofensor.<sup>374</sup>

Os danos materiais são ressarcíveis, pois é possível o retorno ao estado anterior ao dano, e danos morais são compensáveis, pois não há possibilidade de retorno ao *status quo ante*.<sup>375</sup>

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, assegura o direito a indenização por dano material e moral caso sejam violados o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.<sup>376</sup> O art. 186, CC refere haver responsabilidade civil culposa quando do cometimento de ato ilícito, se houver violação do direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Revela Rui Stoco que, independente da ocorrência do dano, a mera violação do direito já designa o ato ilícito, sendo este o ato que é cometido através da transgressão de dever contratual ou legal. Entretanto, o artigo 186 do Código Civil de 2002 informa que comete ato ilícito caso haja dano e violação de direito. Isso manifesta um grave erro do legislador na redação do referido artigo, pois é possível a prática de ato ilícito que não tenha como resultado o acontecimento de um dano. O mesmo autor julga ser este equívoco apenas redacional, pois o *caput* do artigo 927 do mesmo diploma legal<sup>377</sup> obriga o praticante do ato ilícito a reparar o dano a que der causa. E condiciona a ocorrência da responsabilidade civil com consequente dever de indenizar à ligação entre o ato ilícito praticado e o dano.<sup>378</sup>

Pode ocorrer a culpa via ação ou omissão, que se evidencia através da imprudência, negligência ou imperícia.<sup>379</sup> Considera Anderson Schreiber que, apesar de ter perdido grande parte do âmbito de aplicação na responsabilidade civil, a culpa ainda desempenha papel relevante na etiologia da responsabilidade subjetiva, sendo uma

---

<sup>374</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997, p.172.

<sup>375</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.19.

<sup>376</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>377</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>378</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.143.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p.154.

importante característica.<sup>380</sup> Entretanto, chama a atenção para a irrelevância na gradação da culpa.<sup>381</sup>

A culpa não é mais pré-requisito para a configuração da responsabilidade civil, ao contrário do dano, que é imprescindível. Em verdade, a prova da culpa será necessária se a responsabilidade civil for subjetiva, fundada no artigo 186 do Código Civil de 2002. Mas, se o caso for de uma responsabilidade objetiva, faz-se necessária a prova apenas do nexu causal e dano.<sup>382</sup>

Há autores, como Carlos Roberto Gonçalves, que se referem à culpa como pressuposto da responsabilidade civil, cabendo a prova do dolo ou culpa à vítima. Entretanto, o direito admite em alguns casos especificados, de difícil prova, a responsabilidade sem culpa, que seria a responsabilidade objetiva.<sup>383</sup>

Sergio Cavalieri Filho aduz que “a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir.”<sup>384</sup> E ainda limita a culpa como pressuposto da responsabilidade subjetiva.<sup>385</sup>

Recorda Anderson Schreiber que a reparação do dano ainda está atrelada à discricionariedade judicial, devendo redobrar a atenção aos parâmetros retirados do ordenamento jurídico, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>386</sup>

#### 4.1.5.3.3 Nexu de causalidade

O último elemento é o nexu causal, que indica que para a configuração da responsabilidade civil é necessário que o ato volitivo do sujeito seja o causador do

---

<sup>380</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas. 2013, p.50-51.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p.44.

<sup>382</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.58.

<sup>383</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.66-67

<sup>384</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.17

<sup>385</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>386</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p.139.

dano infligido à vítima,<sup>387</sup> ou seja, é o elo entre o ato praticado e o resultado.

Com propriedade, refere Anderson Schreiber que “o nexos causal vem usualmente definido como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro.” Porém, chama a atenção de que apesar de ser esta definição visivelmente descomplicada, na prática se contrapõe com os tantos obstáculos para sua mensuração.<sup>388</sup>

Carlos Roberto Gonçalves diz que “sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar”.<sup>389</sup> Caso a vítima sofra um dano que não seja proveniente da conduta do ofensor, será considerado improcedente o pedido de indenização.<sup>390</sup>

A vinculação do dano ao nexos causal é imprescindível para a conformação da responsabilidade, sob pena de não haver obrigação de reparar.<sup>391</sup> Há algumas hipóteses de exclusão de responsabilidade, que ocasionam o rompimento do nexos causal, como, por exemplo, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou ausência de força maior.<sup>392</sup> Entretanto, não há que se analisar cada uma delas em apartado, posto que não constituem o objeto do presente estudo.

Com precisão traz em seu texto Rui Stoco que: “A causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido.”<sup>393</sup> Isso ocorre porque não há como mensurar a extensão do dano, ou “não dano”.<sup>394</sup>

Quando há anormal e nociva invasão à privacidade, há o dano. Consequentemente impõe-se a obrigação de reparar àquele responsável pela referida invasão.<sup>395</sup> Chama-se direito à intimidade o direito de não partilhar algo particular, pessoal com

---

<sup>387</sup> GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86.

<sup>388</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas. 2013, p.55.

<sup>389</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.468.

<sup>390</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.54.

<sup>391</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.108.

<sup>392</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p.54.

<sup>393</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1907.

<sup>394</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>395</sup> *Ibidem*, p.1849.

qualquer outro indivíduo. Já a vida privada envolve a reserva do lar, de não ter sua imagem divulgada, nem investigada.<sup>396</sup>

Muitas vezes a violação do direito à vida privada de um indivíduo gera danos materiais que podem ser mensurados. Geram, nesse caso direito à indenização por danos materiais, que pode ser cumulada com indenização por dano moral, se for o caso, cabendo ressaltar que o dano moral é compensado e não indenizado, pois não se aufero o seu valor exato.<sup>397</sup>

Quando o empregador deixa de contratar o candidato por levar em consideração informações que nada tem a ver com a sua capacidade de desempenhar as funções previstas para o cargo que se deseja preencher, está desfrutando de uma postura discriminatória.

Pode-se afirmar, assim, que há um dano ao candidato prejudicado, advindo de uma conduta praticada pelo empregador, e possuem entre eles um nexo de causalidade, posto que é a referida conduta discriminatória que gera o dano para o indivíduo, gerando assim o dever de reparar e/ou indenizar.

Em assim sendo, resta clara, no caso concreto, a presença de todos os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, o que gera o dever de reparação e/ou indenização.

Insta ressaltar que não é apenas com a simples negativa de contratação que se pode alegar conduta discriminatória. O empregador tem a liberdade de escolha do candidato a ocupar o cargo e não precisa motivar a não contratação. Todavia, caso haja a confirmação da postura discriminatória, merece sim o candidato ser reparado e/ou indenizado, por danos morais e materiais, pela configuração da responsabilidade civil.

---

<sup>396</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1850.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p.1859-1860.

## 5 CONCLUSÃO

O avanço tecnológico provocou muitas mudanças na sociedade, dentre as quais as formas de comunicação entre as pessoas e de exposição de informações e imagens pessoais. As informações encontram-se ao alcance das mãos, e muitas vezes as pessoas não resistem a essa facilidade.

As redes sociais muito contribuíram para a conformação desse quadro. Nelas são encontradas histórias positivas de superação, de amor, mas também possuem seu lado obscuro, ao possibilitar a exposição de opiniões, muitas vezes ofensivas e discriminatórias, ou ainda de informações pessoais indevidamente, sem o devido consentimento.

Diversas redes são encontradas, possuindo elas as mais diversas finalidades. Algumas são mais privadas, ou seja, permitem uma exposição contida do indivíduo. Outras nem tanto. Muitas delas têm alcance mundial e há que se ter cuidado com o que se expõe, pois, uma vez na rede a informação, é impossível deletá-la.

No interior deste quadro encontram-se as relações de trabalho que contribuem para a subsistência dos indivíduos. Para que haja formação do contrato de trabalho, que possui algumas características peculiares, é necessário a escolha da pessoa que melhor se adequa à vaga a ser preenchida.

Durante o processo de seleção, não há ainda a formação de um contrato de emprego. Apesar de ser encontrada na doutrina a ideia de formação de um contrato preliminar quando existem negociações entre as partes, são divergentes as opiniões no que tange à aplicação dessa teoria ao direito do trabalho.

Mas, apesar de não haver compromisso escrito entre as partes, pode-se considerar em algumas hipóteses a formação de uma relação pré-contratual, como no caso do empregador incutir no candidato uma expectativa de que vai ser o escolhido para fazer parte do quadro de empregados da empresa, a ponto de ter criado o indivíduo expectativa real, e também se houver este realizado despesas por conta dessa certeza, a exemplo do pagamento de exames médicos ou compra de vestimenta para iniciar no emprego.

Devem as partes agir com boa-fé não só no cumprimento do contrato, mas também na fase pré-contratual. Entretanto, caso, mesmo na fase pré-contratual, uma parte venha a causar dano à outra, pode ser responsabilizada civilmente, ficando obrigada a ressarcir ou reparar o dano. Para tanto, é necessária a presença dos pressupostos da responsabilidade civil. Em primeiro, a conduta do ofensor, omissiva ou comissiva, e em segundo o dano sofrido pela vítima. Mas não é só isso. O terceiro, e imprescindível, pressuposto, é a existência do nexo de causalidade, ou seja, que aquela conduta do agente tenha causado o respectivo dano à vítima.

Desta forma, aplica-se tal dever ao empregador, cabe-lhe agir com humanidade perante o candidato, sem criar nele falsas expectativas de que será contratado. Caso contrário, praticará uma conduta que poderá causar dano ao candidato, podendo configurar, assim, hipótese de responsabilidade civil, pois estariam presentes conduta, dano e nexo de causalidade.

Essas demandas não são vistas com frequência, cabendo o questionamento quanto a quem seria competente para julgá-las. Argumentos existem no sentido de que, como não há ainda celebração do contrato, estaria afastada a competência da Justiça do Trabalho. Entretanto, a expectativa da formação do contrato de emprego atrairia a competência para a Justiça do Trabalho, principalmente quando há violação ao princípio da não-discriminação no processo seletivo. Diversas demandas encontradas na jurisprudência atribuem a competência à justiça do trabalho, sendo este o melhor entendimento.

Quanto ao ônus probatório nas demandas pertinentes ao tema, o melhor entendimento é o do emprego da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Diversos doutrinadores são favoráveis a aplicação da referida teoria no processo do trabalho. De acordo com esta teoria, atribui-se à parte que possui melhores condições o ônus de produzir determinada prova no processo, configurando o dever de agir com boa-fé, lealdade e probidade. O juiz retiraria o ônus da parte para a qual a produção da prova é muito difícil ou impossível e contemplaria a parte com maior capacidade de fazê-lo.

Para a escolha dos candidatos, optam as empresas pela realização do processo seletivo. É a forma adotada por elas para selecionar aqueles que julgarem mais aptos a ocupar os cargos a serem preenchidos. Esse processo pode ou não ser realizado por psicólogo, mas, de qualquer forma, a pessoa responsável por sua

realização deve se despir de preconceitos e pensamentos discriminatórios e buscar aquelas informações que lhe possibilitem decidir com base em critérios de aptidão e competência para o exercício das funções, sem descuidar, é claro, da avaliação dos indicadores de natureza psicológica e comportamental dos candidatos.

Para alcançar tal fim são utilizados diversos instrumentos, e todos eles, conforme entendimento doutrinário, devem ensejar a obtenção de informações sobre o perfil psicológico e intelectual do candidato, sem perder de vista que estas informações perquiridas devem estar intimamente ligadas ao cargo em questão.

O avaliador deve se preocupar em não adentrar na intimidade do candidato na busca de informações mais precisas do mesmo. Qualquer investigação conduzida pelo empregador para obtenção de informações pessoais será considerada violação a direito fundamental protegido constitucionalmente, qual seja o direito à intimidade. O direito à privacidade é expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, e engloba o direito à intimidade e o direito à vida privada. É assegurado à pessoa não compartilhar de sua intimidade com qualquer outra, sendo tal âmbito bastante restrito. A violação de tal preceito fundamental, qual seja o direito à intimidade, pode ensejar responsabilização do autor do dano.

Ademais, a Carta Magna também tutela a liberdade de opinião e pensamento do indivíduo, que pode se manifestar nas redes sociais como lhe aprouver. Possui o candidato a emprego o direito de manifestar opiniões e pensamentos. Adentra-se novamente na questão de vir este a ser investigado em esferas totalmente alheias ao cargo em questão.

Estes direitos à intimidade e à vida privada se contrapõem ao direito do empregador, possuidor do poder diretivo, de acessar informações públicas, que estão ao alcance de qualquer pessoa. Estariam eles livres para avaliar o candidato pelas suas atitudes. Ademais, há que tomar cuidado com o que se posta na rede, afinal se a informação é pública, está ao alcance de qualquer pessoa. A doutrina preconiza que neste caso o poder diretivo do empregador está limitado pelo direito à intimidade do candidato. A única exceção em que há permissão da invasão à intimidade, para os doutrinadores em questão, é se as informações pesquisadas guardarem relação com o cargo em questão, como se pode deduzir.

Obviamente há limites ao direito à liberdade de opinião e manifestação do pensamento, assim como há limites a todos os princípios fundamentais, porquanto nenhum deles é considerado absoluto. Caso haja conflito entre eles, haverá a solução através da ponderação de interesses.

Quando o empregador busca informações pessoais sobre o candidato, pode estar imbuído de preconceitos pessoais, que o levem a violar o princípio da não-discriminação. Este princípio é amplamente tratado e protegido pela legislação brasileira, não só na Constituição Federal, como também na legislação extravagante. Dessa forma, não poderia ser diferente no âmbito do direito do trabalho. Diversas leis específicas tratam deste princípio, quando proíbem a prática discriminatória do empregador tanto na admissão do candidato quanto no curso do contrato de trabalho do empregado.

A discriminação pode ocorrer de diversas formas, e, em qualquer delas, causa dano material ou imaterial à vítima da conduta discriminatória. Caso seja evidenciada a intenção do empregador em discriminar, pode o mesmo ser obrigado a restituir e reparar o candidato, pois será responsabilizado civilmente, e pode ser condenado a ressarcir o indivíduo por danos materiais e/ou indenizar por danos morais.

As redes sociais apresentam-se ao empregador como um meio rápido e prático de obtenção de informações. Muitas vezes a exposição, intencional ou não, nas redes, impede que o indivíduo seja selecionado para um cargo ou causa sua dispensa do emprego. E essa prática é mais frequente do que se imagina. Constantemente nos jornais e em sites da internet veicula-se a preocupação com as formas de utilização dessas redes sociais. Há sites que consideram tão normal essa invasão à intimidade do candidato que instruem os indivíduos a como se portar nas redes, tanto para evitar demissão quanto para não por em risco oportunidades de emprego.

Por ser um caminho que muitas vezes não deixa rastros, e como o empregador não precisa motivar a escolha por determinado candidato, é difícil a prova da discriminação, principalmente porque tem a seu favor o empregador o fato de que não precisa justificar a não contratação do candidato. Sendo assim, seria cabível a inversão do ônus da prova. Ficaria, então, o empregador obrigado a justificar o motivo pelo qual não escolheu aquele candidato. A justificativa teria que ser crível, a ponto de convencer o magistrado de que não praticou conduta discriminatória.

Havendo a prática discriminatória pelo empregador resta clara a configuração da responsabilidade civil, posto que se observa a presença de todos os pressupostos. A conduta do empregador de buscar tais informações nas redes sociais é o primeiro pressuposto, qual seja a ação. Inferre-se a existência do dano da não contratação do empregado. E o nexo de causalidade estaria na não contratação do candidato por conta das investigações do empregador a suas informações pessoais, por motivo discriminatório.

O dano, mesmo causado por conduta praticada no ambiente virtual, gera o dever de reparar e/ou indenizar, caso estejam presentes todos os pressupostos que ensejam a configuração da responsabilidade civil. E, a depender da conduta, caso seja ilícita, pode ensejar também responsabilidade penal.

Por todo o quanto exposto, conclui-se que não pode o empregador fazer uso das redes sociais para obtenção de informações do candidato a emprego. Deve aquele buscar as respostas no contato direto com o candidato e ater-se às informações pertinentes ao cargo a preencher. Assim, não violará o direito à intimidade do indivíduo, nem incorrerá no desrespeito ao princípio da não-discriminação. Agindo propositadamente de forma contrária, deve ser responsabilizado e sofrer as sanções da lei, ficando obrigado a ressarcir a vítima.

Vale frisar que deve também o candidato precaver-se e se preservar, tomando cuidado com as informações que posta na rede, principalmente as informações públicas. Afinal, o simples acesso a tais informações não constitui entrave à contratação. O problema começa com a utilização dessas informações quando imbuídos os empregadores de preconceitos que os levam a excluir o candidato sem uma justificativa plausível.

Ainda não há posicionamento dos magistrados quanto ao tema em questão, posto que não foram encontrados julgamentos de demandas com esse fundamento. Porém, não está livre a justiça de se deparar com tal situação dentro em breve.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-Fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

ARAÚJO, Glauco. **Professora da Bahia é demitida após vídeo sensual cair na web, diz advogado**. In: G1, São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1284085-5598,00-PROFESSORA+DA+BAHIA+E+DEMITIDA+APOS+VIDEO+SENSUAL+CAIR+NA+WEB+DIZ+ADVOGADO.html>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ATHENIENSE, Alexandre. **O monitoramento eletrônico e as relações trabalhistas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2382](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2382)>. Acesso em: 12 abr. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Caio Mesquita. Discriminação. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 16, n.16, 2008, p.21-34.

BELL, Gavin. **Criando aplicação para redes sociais**. Tradução de Thais Cristina Casson. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, 2010.

BELOV, Marúcia da Costa. Discriminação limitativa do acesso ao emprego: análise crítica acerca dos testes de seleção frente à prática de pesquisa de antecedentes criminais. **Revista AMATRA 5: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região**. Salvador: AMATRA 5, v.1, n.3, 2004, p.65-73.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. **Direitos humanos**. In: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1063-1082.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRAKE, David K; SAFKO, Lon. **A bíblia da mídia social: táticas, ferramentas e estratégias para construir e transformar negócios**. Trad. James Gama. 1.ed. São Paulo: Blucher, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidente da República.

\_\_\_\_\_. Lei ordinária nº 9.029 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 577-73.2010.5.09.0091 – Proc. 577-73.2010.5.09.0091. Recorrente: Employer-Organização De Recursos Humanos Ltda. Recorrido: Eva Maria de Lima. Relator: Min. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, DJE 19 dez. 2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=577&digitoTst=73&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0091>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 20 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho: Sessão de Dissídios Individuais I – SDI I. Disponível em: < [http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fojs%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_1N7k%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D2](http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fojs%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 1 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. Proteções Contra a Discriminação na Relação de Emprego. *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108-117.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 6 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6 ed. Rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.2.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego – formas, defesas e remédios jurídicos. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.66, n.11, nov. 2002, p.1334-1336.

DUNNETTE, Marvin D. **Seleção e colocação de pessoal**. Trad. Sônia Fernandez Schwartz. São Paulo: Atlas, 1976.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – critérios e casuística. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 72, n.8, ago. 2008, p. 921-926.

FONTES, Lauro Barreto. **Manual de seleção na empresa moderna**. Rio de Janeiro: Livros técnicos e científicos editora S.A., 1975.

GAGLIANO, Pablo Stolzi; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.3.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOSDAL, Thereza Cristina. Antecedentes criminais e discriminação no trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v.67, n.7, jul. 2003, p.804-814.

GUERREIRO, Gabriela; MATAIS, Andreza. **Senado demite sobrinha de Joaquim Barbosa após críticas a Renan na internet.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1231329-senado-demite-sobrinha-de-joaquim-barbosa-apos-criticas-a-renan-na-internet.shtml>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação no Trabalho:** Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de Comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

JUE, Arthur L.; KASSOTAKIS, Mary Ellen; MARR, Jackie Alcade. **Mídias sociais nas empresas:** colaboração, inovação, competitividade e resultados. Trad. Tarsila Kruse. São Paulo: Évora, 2011.

LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra a discriminação no trabalho. **Ciência Jurídica do Trabalho.** Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica Ltda., ano V, n.35, set./out. 2002, p.131-145.

\_\_\_\_\_. A proteção jurídica contra a discriminação no trabalho. *In:* SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000, p.93-116.

MORGADO, Lana Machado. **Comportamento nas redes sociais é avaliado pelas empresas.** Disponível em: <<http://www.bertholdo.com.br/blog/index.php/tecnologia-web/comportamento-nas-redes-sociais-e-avaliado-pelas-empresas/>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Rio de Janeiro: Síntese, ano 68, n.2, abr./jun. 2002, p.97-102.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento.** 7 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética.** São Paulo: LTR, 2002.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho:** relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. Discriminação, lista negra e direito de ação. **Trabalho & Doutrina.** São Paulo: Saraiva, ano 29, n. 28, dez. 2003, p.41-44.

MEZRICH, Ben. **Bilionários por acaso:** A criação do Facebook, uma história de sexo, dinheiro, genialidade e traição. Trad. Alexandre Matias. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2011.

PALHARINI, Francisco de Assis. **Recrutamento e seleção de pessoas: Fundamentos e tendências**. Niterói: ICHF, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito Civil & Direito do Trabalho**. 1.ed. Belo Horizonte: Leeditathi, 2005.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário Nº 13115/00. Quarta Câmara. Relatora: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Julgado em 23 out. 2001. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1467268](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1467268)>. Acesso em: 23 mai. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Paraná. Recurso Ordinário Nº 29874/07. Primeira turma. Relator: Benedito Xavier da Silva. Julgado em 16 out. 2007. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=2649906](http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=2649906)> Acesso em: 07 ago. 2013

PEDREIRA, Pinho. A discriminação indireta. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 65, n.1, jan. 2001, p.402-406.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro; VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95). *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108-117.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos Processuais da Luta contra a Discriminação, na Esfera Trabalhista. A Tutela Antecipatória como Mecanismo Igualizador dos Litigantes Trabalhistas. *In*: CANELLI, Paula Oliveira; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio (Coord.). **Discriminação**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108-117.

PESSOA, Valton. **Manual de processo do trabalho**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2005.

RAMOS, Arlindo Vieira de Almeida. **Prática de Seleção e Aperfeiçoamento de Pessoal**. São Paulo: Atlas, [197-].

RESCH, Jacqueline. **Perfil nas redes sociais influencia avaliação profissional**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/09/perfil-nas-redes->

sociais-influencia-avaliacao-profissional-diz-pesquisa.html>. Acesso em: 12 abr. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº AC 21.180/99 (1899-21180). Sétima Câmara Cível. Relator: Desa. Marly Macedônio França. Julgado em 14 abr. 2000. Disponível em: <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/ementa.asp?idjuri=1185>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Discriminação – Ações Afirmativas e Sistema de Cotas. *In*: FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yvone; MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo. **Reconstrução do direito do trabalho**: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2010, p.220-253.

\_\_\_\_\_. Não-discriminação no trabalho: direito à indiferença. **Synthesis: direito do trabalho material e processual / Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.47, 2008, p.58-60.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3.

RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade pré-contratual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do trabalhador. *In*: PERONE, Gian Carlo; SCHIPANI, Sandro (Coord.). **Princípios para um “Código-Tipo” de Direito do Trabalho para a América Latina**. São Paulo: LTR, 2006, p.173-195.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível Nº 556.090.4/4-00. Quarta Câmara Cível. Relator: Carlos Teixeira Leite Filho. Julgado em 12 jun. 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?nuProcOrigem=&nuRegistro=0001814199>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. Recurso Ordinário Nº 00454-2006-085-15-00-2. 9ª câmara. Quinta turma. Relator: Nildemar da Silva Ramos. Julgado em 30 out. 2007. Disponível em: <[http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?TipoConsulta=PROCESSO&n\\_idv=786614](http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?TipoConsulta=PROCESSO&n_idv=786614)> Acesso em: 07 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Bruno Freire e. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *In*: LOPES, Ricardo Augusto de Castro; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A Prova no Direito Processual Civil**: Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p.77-93.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Discriminação racial nas relações de trabalho. *In*: GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.43-57.

SOARES FILHO, João Batista Luzardo. Discriminação no emprego. *In*: SENTO-SÉ, Jairo (Coord.). **Desafios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p.77-83.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O dano moral no direito do trabalho. **Trabalho & Doutrina**. São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996, p.17-37.

TELLES, André. **A Revolução das Mídias Sociais**. Cases, Conceitos, Dicas e Ferramentas. 2.ed. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2010.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2012

XAVIER, Ricardo de Almeida Prado. **Gestão de pessoas na prática**: os desafios e as soluções. São Paulo: Gente, 2006.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo laboral. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, ano 63, n.7, jul. 1999, p.914-919.