



A DISCRIMINAÇÃO ATRAVÉS DA INTERNET NA FASE PRÉ-CONTRATUAL TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA

THE DISCRIMINATION THROUGH THE INTERNET IN PHASE PRE-CONTRACT OF LABOR AND BURDEN OF PROOF

Pricila Dalmolin Tomasi¹
Thiago Tavares Linhares²

RESUMO

Através de suas diversas ferramentas, a internet facilita o empregador na busca de um candidato para preencher uma vaga de emprego ofertada. Além das inúmeras ferramentas legais utilizadas para este fim, a internet também facilita ao empregador/recrutador realizar pesquisas sobre a intimidade dos candidatos. Essa conduta acaba por desviar a correta técnica de seleção de pessoal, que deveria analisar somente a qualificação técnico-profissional do pretendente. O presente estudo visa demonstrar, através dos métodos de procedimento monográfico e funcionalista e método de abordagem dedutivo, a responsabilidade no pré contrato trabalhista e a aplicação do instituto do ônus da prova nos casos onde há discriminação no pré-contrato, praticada por empregador/recrutador que utiliza a internet para obter informações pessoais dos candidatos.

Palavras-chave: 1. Discriminação; 2. Internet; 3. Ônus da prova; 4. Pré-contrato trabalhista.

ABSTRACT

Through its various tools, Internet facilitates the employer in finding the ideal candidate for a job opening. In addition to the numerous legal tools used for this purpose, internet also facilitates the employer to conduct research on the candidates's personal life. This research turns out to divert the correct technical personnel selection, which should consider only the technical and professional qualifications of the candidate. This study aims to demonstrate, through the methods of monographic and functionalist procedures and deductive approach, the responsibility of the pre-contract of labor and the application of the institute's burden of proof when there is discrimination in the pre-contract, practiced by employers who use Internet to obtain personal information of candidates.

Key-words: 1. Burden of Proof; 2. Discrimination; 3. Internet; 4. Pre-contract of Labor.

¹ Pricila Dalmolin Tomasi, advogada regularmente inscrita na OAB/RS 89.344. Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera- UNIDERP (2014). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano- UNIFRA (2013). Email pricilatomasi@hotmail.com.

² Thiago Tavares Linhares, advogado regularmente inscrito na OAB/RS 89.657. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2013). E-mail: thiagotlinhares@hotmail.com.



INTRODUÇÃO

Atualmente, o uso da internet pelos empregadores como ferramenta de recrutamento de pessoal, tem se mostrado cada vez mais frequente, sendo possível notar o aumento considerável de páginas e redes específicas para este fim, currículos online, entre outros.

Ocorre que a internet não possibilita somente a pesquisa de dados profissionais, expõe também as páginas pessoais e redes sociais usadas pelos empregados candidatos a uma vaga de emprego, na sua vida privada. Um mau uso das ferramentas da internet pelo empregador pode transformar a seleção de pessoal, a qual deveria somente avaliar a capacidade técnica dos candidatos, em uma exclusão discriminatória.

A discriminação por estado civil, sexo, raça, cor, opção sexual, origem, crença religiosa, idade, aparência física, ou até mesmo simplesmente por não ser o “perfil da empresa”, podem trazer grandes riscos para a evolução da sociedade.

Tendo em vista ser o trabalho a principal ferramenta de inclusão social, o empregador ao dificultar a admissão de um empregado dito “diferente”, prejudica a sociedade como um todo, tirando a oportunidade de pessoas qualificadas, pelo simples fato da não aceitação.

Com os objetivos específicos de averiguar a importância da internet no recrutamento e seleção de pessoal, definir a responsabilidade pré-contratual trabalhista e o princípio da boa-fé, estudar a discriminação e o dano moral trabalhista na fase de pré-contrato e analisar o uso da internet, pelo empregador, como meio facilitador da discriminação na contratação para preenchimento de vagas de trabalho e por fim estudar o ônus da prova nestes casos e a possibilidade de inversão do mesmo, pretende-se, no presente estudo, como objetivo geral, demonstrar a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova para discriminação pré-contratual quando o empregador se vale de pesquisas na internet sobre a vida pessoal dos candidatos a uma vaga de emprego, para a seleção de pessoal.

Para a construção do presente estudo será utilizado como método de abordagem o dedutivo, pois através do raciocínio lógico, chega-se a uma conclusão, ou seja, parte-se de premissas gerais para então encontrar um resultado sobre um assunto específico. Nesse



sentindo, primeiro serão estudados os institutos pertinentes separadamente, como a responsabilidade pré-contratual, o princípio da boa-fé e o instituto da discriminação para após reuni-los e assim, de forma lógica, concluir acerca da temática do presente estudo.

Quanto aos métodos de procedimento, será empregado o método monográfico e funcionalista. Com a utilização do método monográfico, onde se estuda determinados indivíduos ou grupos, para se obter generalizações, será verificada a forma de utilização da internet pelos empregadores, na fase de pré-contrato. De forma geral, neste estudo será utilizado o método funcionalista, tendo em vista que este método procura explicar aspectos da sociedade em termos de funções realizadas por instituições, como por exemplo, a função do trabalho, e o reflexo de sua responsabilidade, quando ocorre a discriminação na fase de pré-contrato.

1. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Na fase da negociação prévia do contrato do trabalho, o empregador pode se valer de uma série de formas para escolher o candidato mais capacitado para vaga. Porém, nessa ocasião, conforme esclarece Simón³ por conta das posições ali aparentemente postas, da condição econômica, social, equilíbrio emocional, etc., o trabalhador avaliado encontra-se em um estado de super sujeição.

Mesmo sem haver um contrato de trabalho firmado, na fase de seleção de emprego existe a figura da “responsabilidade pré-contratual”, onde devem ser respeitados e levados em conta os deveres e obrigações que ambas as partes de comum acordo estabeleceram nas negociações. Conforme Silva⁴, a responsabilidade pré-contratual se configura quando uma pessoa negocia com a outra, induzindo-a a preparar-se para contratar e depois, injustificadamente, deixa de celebrar a vença.

No âmbito trabalhista a figura da “responsabilidade pré-contratual” visa à proteção ao trabalhador, que se encontra em situação de hipossuficiência, principalmente contra atos discriminatórios.

O candidato a emprego que não consegue trabalhar por algum fator discriminatório precisa encontrar a tutela jurídica que incide na fase pré-contratual. Nesse sentido, na seara trabalhista, importa aprofundar o

³ SIMÓN, Sandra Lía. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 129

⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p.73.



estudo da fase anterior ao contrato, uma vez que se trata de um campo aberto para o ilícito, ante a ultra - fragilidade do trabalhador nessa fase.⁵

Para haver a responsabilidade pré-contratual, segundo Dallegrave Neto⁶ deve haver dano. O simples fato de não haver contratação do empregado candidato não pode ser considerado dano, a não ser que o fato motivador tenha sido contrário ao princípio da boa-fé.

Sendo assim, nota-se que, geralmente, o dano pré-contratual decorre não de violação da obrigação principal do contrato, mas sim, de um dever de conduta inerente às partes do contrato, que deve ser baseado no princípio da boa-fé. Nesse sentido é a cláusula geral inserida Código Civil de 2002: Art. 422: “Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”⁷.

Manifesta-se acerca da responsabilidade pré-contratual e sobre o princípio da boa-fé o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região:

PROMESSA DE EMPREGO DESCUMPRIDA. DANO PRÉ. CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. As tratativas negociais preliminares aptas a convencerem a outra parte, acobertadas pela boa-fé objetiva, dão origem a obrigações pré-contratuais, cuja frustração injustificada gera a responsabilidade pré-contratual. A promessa de emprego é obrigação de resultado, cuja inexecução atrai ao proponente (empregador) o ônus de provar os motivos que a frustraram. Nesse sentido, os ensinamentos de José Affonso Dallegrave Neto, no livro responsabilidade civil no direito do trabalho, 2ª edição, editora Ltr (...) O fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é a tutela da confiança negocial que propugna pela harmonia do comportamento das partes, solucionando eventual conflito entre a vontade e a declaração manifestada. (...) ⁸

Uma das formas que geram a responsabilidade do empregador, antes do contrato de trabalho, é quando há discriminação, e, por conseguinte, quebra do dever de boa-fé, acerca de alguma característica pessoal ou física de candidatos. A não contratação de um empregado, pelo preconceito discriminatório acarreta na responsabilidade civil pré-

⁵ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade Civil Pré- Contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 45.

⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007.

⁷ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso**. Recurso Ordinário nº 00450.2007.009.17.00.1. Transportes Pesados Minas Ltda e José Carlos Chaider da Silva. Relator: Cláudio Armando Couce de Menezes. 21 jan. 2009.



contratual do empregador. Sendo assim, faz-se mister o estudo do instituto da discriminação.

2. A DISCRIMINAÇÃO

A discriminação é uma realidade triste que assombra nossa humanidade desde os tempos mais remotos. O tratamento diferenciado entre pessoas, pelo fato de serem diferentes do estereótipo tido como padrão, há muitos anos tem sido motivo de atenção pelo direito. Segundo Lopes⁹, no campo do Direito do Trabalho, um dos assuntos mais tormentosos é a discriminação e dentro deste, o que mais interessa são os aspectos relacionados ao acesso ao trabalho e ao tratamento diferenciado no respectivo ambiente.

Também é dada suma importância para esse assunto no âmbito internacional. A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seus artigos primeiro e segundo, classifica o que se entende por “discriminação”:

CONVENÇÃO 111 OIT : Art.1º. 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.¹⁰

A proibição de práticas discriminatórias na relação de trabalho também foi objeto de Lei ordinária nacional em 1995, a qual proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para a admissão ou permanência no trabalho:

⁹ LOPES, Otavio Brito. *A Questão da Discriminação no Trabalho*. 2002.

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 62.150, de 19 de jan. de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT que dispõe sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 de janeiro de 1968.



Lei nº9029 de 13 de abril de 1995.

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.¹¹

De uma forma geral, a legislação Brasileira se preocupa com o combate à discriminação no ambiente trabalhista, como pode se verificar a expressa proibição no artigo 7º inciso XXX da Constituição Federal e artigo 5º inciso XLI do mesmo diploma onde vigora o princípio da igualdade. Também, a legislação expressamente proíbe a discriminação de trabalhador com deficiência física (artigo 7º, inciso XXXI da Constituição Federal), discriminação de raça ou cor (Constituição Federal artigo 5º, inciso XLII), discriminação pelo sexo (artigos 5º e 461 da CLT), entre outros.

Existem inúmeras formas de prática de atos discriminatórios no trabalho. A forma objeto deste estudo é aquela praticada pelo empregador ou recrutador, através de ferramentas de busca na internet, acerca da vida pessoal dos candidatos. Para isso, faz-se necessário o entendimento do desenvolvimento do uso da internet no Brasil e também, das novas formas do uso da rede para o recrutamento.

3. A INTERNET E A SELEÇÃO DE PESSOAL NO BRASIL

O acesso dos brasileiros à internet, segundo dados do IBOPE¹², nunca foi tão grande, considerando que no primeiro trimestre de 2013 chegou a atingir a marca de 102,3 milhões de pessoas com acesso à rede. Esses dados comprovam a importância que a internet representa para a nossa sociedade, onde há a massificação do acesso e o processo de democratização da informação, cultura e educação.

Com o uso da internet em acentuado crescimento, a exposição de informações e a troca de dados nunca foi tão fácil. Nesse mesmo sentido esclarece Rosane Leal da Silva¹³

¹¹ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. Dispõe sobre a proibição de práticas discriminatórias na relação de emprego e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17.4.1995.

¹² IBOPE . **Número de pessoas com acesso à internet passa de 100 milhões**. 2013.

¹³ SILVA, Rosane Leal da. **Liberdade de expressão e comunicação X Justa Causa: A visão do TRT gaúcho sobre os conteúdos postados no Orkut como motivo para despedida do empregado**. Direitos



que o desenvolvimento da Internet tem aumentado as possibilidades das pessoas acessarem informação, pois hoje, supera-se qualquer marco antes alcançado, de possibilidades de contato direto com uma gama crescente de conteúdos consultados sem a necessidade de intermediários. A autonomia e liberdade de escolha, tanto para buscar, quanto para lançar conteúdos, ocorre porque a informática permite digitalizar as informações, armazená-las, tratá-las automaticamente, transportá-las e colocá-las à disposição dos demais usuários, o que antes não acontecia. Assim, cada pessoa pode figurar como produtora e receptora de diversos conteúdos e informações.

A fase pré-contratual trabalhista não ficaria de fora dessas facilidades proporcionadas pela internet. Atualmente a rede tem sido utilizada em larga escala para recrutamento e seleção pessoal, pelos empregadores.

Segundo Bezerra e Helal¹⁴, o processo de Recrutamento e Seleção *online* é considerado muito importante para as empresas que buscam se manter em um mercado com alta competitividade. Da mesma forma, Mano¹⁵, em matéria publicada na Revista Exame, comenta que a influência da Internet em empresas de diversos ramos é uma realidade. Esta tecnologia está reinventando um processo cada vez mais estratégico - o recrutamento de profissionais que, para algumas empresas, ainda é lento e burocrático.

Com isso, a internet pode atuar como um elo de ligação entre as empresas e os candidatos interessados em uma vaga de emprego. Inúmeros *websites* possibilitam, de maneira rápida e eficaz, tornar a procura por uma vaga uma atividade simples. Além do mais, hoje em dia, as próprias empresas estão criando canais para recrutar pessoas com o currículo desejado por elas.

Januzzi¹⁶ afirma que as empresas utilizarão cada vez mais a seleção de pessoal pela Internet e isso vai forçar os recrutadores a obterem competências específicas. Percebe-se então, que a utilização da internet para este fim, torna-se importante nos dias atuais, tanto para os recrutadores quanto para os interessados em uma vaga de emprego.

emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM /organizador Jerônimo Siqueira Tybush.- Ijuí: Unijuí, 2013. Pgs 438- 439

¹⁴ BEZERRA, S. A. C.; HELAL, D. H. **Os Desafios do Recrutamento e Seleção de Docentes do Curso Superior de Administração**: um estudo em Belo Horizonte. In: XXXIII Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2009. São Paulo: ANPAD, 2009.

¹⁵ MANO, Cristiane. Pescaria on-line: como usar a rede para encontrar talentos. **Revista Exame**: Abril, 2001.

¹⁶ JANUZZI, Lidercio. **Recrutamento on-line**: uma realidade cada vez mais presente nas empresas. 2004.



Ocorre que com este desenvolvimento da internet e as facilidades de acesso à informações, não só profissionais, mas também às informações pessoais dos candidatos, alguns atos discriminatórios praticados por empregadores, no ato do recrutamento, podem passar despercebidos.

Para isso nota-se a necessidade do estudo da discriminação praticada com as facilidades da internet, no pré-contrato trabalhista.

4. A INTERNET E A DISCRIMINAÇÃO NO PRÉ-CONTRATO TRABALHISTA

As práticas adotadas pelos empregadores ou recrutadores podem extrapolar os limites do empregador, tendo em vista que ao selecionar um candidato, deve ser levada em consideração tão e somente a aptidão profissional exigida para prestação do trabalho oferecido. Conforme Alice Monteiro de Barros¹⁷ o empregador pode selecionar os empregados que deseja para preencher a vaga ofertada de emprego, aplicando-lhe testes, fazendo entrevistas, etc. Porém não pode interferir na vida privada do candidato. Os benefícios incorporados pela internet na seleção de pessoal, são nítidos e muito importantes para o desenvolvimento desta área. Porém, além disso, a internet facilita ao empregador, também, a realizar pesquisas nas redes sociais e sites com informações pessoais, os quais não são destinados ao trabalho. Como se pode verificar em matéria publicada POR VIEIRA,, PUGLIESI e AMARO na revista VOCÊ S/A, da editora Abril:

Depois do LinkedIn e dos sites de emprego Catho e Vagas, o Facebook aparece como a ferramenta online mais utilizada pelos recrutadores. Surpreendentemente, a rede é usada por 51,4% dos RHs para contratar analistas e especialistas. São vários os usos da maior rede social do mundo pelos recrutadores. Um deles é a mera divulgação das vagas nas páginas de cada empresa. Mas a rede também serve para pedidos de indicação de profissionais e para a checagem de informações sobre o candidato. Por isso, ter uma rede com amigos bem escolhidos também pode fazer a diferença para que uma proposta profissional se concretize ou não. "É no Facebook que checamos quem o candidato é de verdade: seu comportamento, seus valores, a forma como se relaciona com as pessoas, se usa palavras de baixo calão", diz Marcelo Zappia, da Tecnisa.¹⁸

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro. *Proteção à Intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 61.

¹⁸ VIEIRA, Vanessa, PUGLIESI, Nataly e AMARO, Mariana. A melhor vitrine são as redes sociais e os sites de emprego. *Revista Você S/A*: Abril, 2013.



Na revista Exame da editora Abril, em matéria publicada por Pati, especialistas em recrutamento revelam o que buscam nas redes sociais e o que consideram relevante nos perfis de candidatos que participam de processos seletivos:

O que você publica nas redes sociais e os grupos de que participa são dois itens que podem dizer muito sobre você para os recrutadores. Exame.com consultou dois especialistas em recrutamento para saber quais redes sociais de candidatos eles consultam e o que procuram. Como era de se esperar, o LinkedIn é o mais visitado. Facebook e Twitter têm bem menos relevância para os especialistas, mas podem ser "espiados" de vez em quando. "Hoje em dia o perfil pessoal do candidato tem peso", diz João Paulo Camargo, sócio-gerente da Asap, consultoria de recrutamento e seleção de executivos. Ele costuma fazer a checagem das páginas de candidatos nas redes após a entrevista de emprego para pinçar alguns aspectos do perfil pessoal.¹⁹

O acesso às informações pessoais, pelos recrutadores, em sites particulares, muitas vezes visa à busca pelo chamado "perfil da empresa". Segundo Coelho²⁰, essa prática é considerada discriminatória, pois baseia a não contratação somente em aspectos estéticos ou de personalidade, ou seja, o empregado não é admitido por ter excessiva sociabilidade, ter uma opinião política diversa ou por ter tendências homossexuais.

Segundo Barros²¹ o empregador deve limitar-se a obter dados somente no que se refere à capacidade profissional do empregado pois, ao invadir a vida privada deste, por investigar as suas características pessoais, restará clara a conduta discriminatória praticada pelo empregador.

Sendo assim, ao praticar um ato discriminatório, o empregador tem o dever de indenizar, através do instituto da responsabilidade pré-contratual, para reparar o dano moral. Os Tribunais Regionais do Trabalho já se posicionaram acerca da condenação das empresas por discriminação na fase pré-contratual, conforme jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região:

DISCRIMINAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. O Princípio da boa-fé objetiva, consagrado no código civil, deve ser observado em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré-contratual. Demonstrado nos autos que o reclamante deixou de ser contratado por motivo discriminatório, tem-se configurada a violação

¹⁹ PATI, Camila. O que os recrutadores procuram nas redes sociais. *Revista Exame*: Abril, 2012.

²⁰ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade Civil Pré- Contratual em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

²¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 61.



da norma constitucional (art. 5º, caput, art. 7º, XXX, XXXI XXXII e XXXIV), sendo, pois, devida a indenização por danos morais. Recurso Ordinário conhecido e parcialmente provido.²²

A grande problemática prática deste tema, é a prova do ato discriminatório. Normalmente o trabalhador, vítima do ato discriminatório, não possui testemunhas tampouco qualquer tipo de documentação capaz de comprovar o motivo de sua recusa no pré-contrato, abrindo, portando, a discussão acerca da inversão do ônus da prova no processo do trabalho.

5. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

No direito processual em geral, prova é o meio utilizado para demonstração da veracidade ou não, de fatos controvertidos no processo. Em regra, as provas servem apenas para comprovar fatos narrados no processo, não sendo necessária comprovação probatória para o direito invocado. Em contrapartida, no processo do trabalho, quando há o apontamento de normas ou acordos coletivos, sentenças normativas ou regulamentos internos, é a parte que as invoca que deve fazer prova, juntando-as ao processo. Sabe-se, portanto, que de uma forma geral, os fatos narrados devem ser provados pelas partes.

O ônus da prova trabalhista está disciplinado no artigo 818 da CLT, dispondo que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”²³. Este conceito se mostrou insuficiente na prática e, por consequência, aplica-se subsidiariamente o artigo 333 do CPC. Ademais, o TST orientou e sumulou alguns entendimentos com relação ao tema ônus da prova, como nas súmulas 6, 16, 212 e 338 do TST.

É sabido que existem algumas regras específicas sobre a distribuição do ônus da prova entre as partes, porém, segundo parte da doutrina e jurisprudência, em alguns casos, aplica-se a denominada inversão do ônus da prova no processo trabalhista.

Com a inversão do ônus da prova, o ônus de provar um determinado fato que seria dever do empregado é transferido ao empregador. Esta inversão ocorre com o intuito de

²² BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 16º Região. **Acórdão de decisão que deu provimento parcial recurso**. Recurso Ordinário nº 00693-2008-012-16-00-9. Frigorífico Vale Do Tocantins S. A. e Francisco de Assis Mota de Oliveira. Relator: Ministro Luiz Fux Américo Bedê Freire. 03 de nov. de 2009.

²³ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Senado Federal, 1943



proteger a parte mais frágil do processo, a chamada parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista.

O instituto da inversão do ônus da prova vem disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VII. Alguns magistrados aplicam subsidiariamente o instituto previsto no código de Defesa do Consumidor, no processo do Trabalho, por considerar a hipossuficiência do empregado, caso não existam outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento acerca dos fatos.

Segundo BUARQUE²⁴ o empregador, quando deixa de contratar, simplesmente silencia sobre os motivos que o levaram a optar por um candidato e não por outro. Ao candidato, vítima da discriminação, resta a violação ao seu direito de acesso ao trabalho e também, o a violação de acesso a uma tutela jurisdicional justa, pela falta de provas, ficando evidente a importância nesses casos, da inversão do ônus da prova.

Se torna fácil ao empregador comprovar quais foram os motivos de contratação, ou não contratação deste ou daquele empregado. Os motivos existem, podendo ou não ser discriminatórios, e são estes motivos que serão objeto de prova.

Conforme ensina a Calvet²⁵ na revista do TRT/EMATRA da 1ª Região nota-se que a grande problemática prática será a dificuldade da prova do ato discriminatório, por parte do trabalhador, quando esta ocorre na fase pré contratual. Como se sabe, nos processos seletivos atualmente em voga o trabalhador simplesmente coloca-se numa posição de submissão a todo e qualquer tipo de teste ou investigação, geralmente sequer tendo notícia dos critérios relevantes para sua contratação e, pior, sem qualquer tipo de informação acerca do motivo de eventual reprovação. Assim, à luz do princípio do devido processo legal, o processo do trabalho para efetivamente ser justo e equilibrado necessita, nesses casos de alegação de discriminação, do uso de uma técnica já conhecida na área comum e que começa a se ensaiar em alguns entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho: a inversão do ônus da prova.

Ainda mais difícil torna-se a prova da discriminação especialmente quando esta ocorre através de pesquisas *online* acerca da vida particular dos candidatos. Neste caso cabe ao juiz a posicionar-se imparcialmente e, da mesma forma de uma maneira que seja

²⁴ BUARQUE, Carolina De Prá Camporez. A necessidade de inversão do ônus da prova em condutas discriminatórias na admissão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2550, 25 jun. 2010.

²⁵ CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. *Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007.



condizente com a busca do ideal de justiça, determinando que a prova seja realizada por quem tem aptidão de fazê-la em juízo. Na linha deste pensamento, ao tomador dos serviços, portanto, recairá o ônus de demonstrar por qual motivo a pessoa que se diz discriminada não obteve o posto de trabalho, motivando o fracasso no processo de seleção.

Apesar de não ser pacífico, já é possível verificar uma flexibilização sobre aplicação da inversão do ônus da prova nos julgamentos trabalhistas. Como se pode no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

DISCRIMINAÇÃO. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE CONTAGIOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO À REGULARIDADE E IGUALDADE DE PROCEDIMENTOS COM OS DEMAIS EMPREGADOS. DEVIDA INDENIZAÇÃO. CC, ARTIGO 186 E 927. 1. Em casos em que se alega conduta discriminatória da empregadora, é certo que a produção de prova pelo trabalhador é muito difícil e, por vezes, impossível, sendo necessária a inversão do ônus probatório, cabendo à empregadora demonstrar a regularidade de seus procedimentos. 2. Aliado a isso, está o fato que o reclamante, portador de doença grave contagiosa integra um grupo vulnerável, de pessoas que carregam consigo uma desvantagem natural perante os demais, prevalecendo, com relação a elas, a presunção da veracidade de suas alegações, sendo ônus do empregador comprovar que adotava procedimentos iguais, em mesmas situações, para os demais empregados, o que não ocorreu neste caso. 3. Reconhecida, portanto, a responsabilidade do reclamado em pagamento de indenização por dano moral, nos termos do artigo 927, do CC. Recurso do reclamante provido, nestes termos.²⁶

Sendo assim a inversão do ônus da prova deve ser considerada no processo do trabalho por aplicação subsidiária do artigo 6º, VIII do CDC, desde que concomitantemente presentes os elementos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência da parte, quando praticado ato discriminatório pelo empregador, na fase de seleção de pessoal, através de pesquisas na internet sobre informações pessoais do trabalhador candidato.

CONCLUSÃO

Com o avanço da internet, as facilidades de recrutamento e seleção de pessoal em redes e sites específicos para seleção de pessoal tornaram esta fase muito mais simples e

²⁶ Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao recurso. Recurso Ordinário nº 00615-2012-071-09-00-6. Sidney Maria de Jesus e Posto de Molas Schuster Ltda. Relator Cássio Colombo Filho. 14 de agosto de 2012.



dinâmica. Porém, além das facilidades ocasionadas pela internet de forma legal, há também a facilidade de obtenção de informações pessoais dos candidatos, através da imensa exposição em redes e sites pessoais.

No recrutamento, os empregadores devem respeitar o princípio da boa -fé na contratação, levando em conta somente os aspectos técnicos e características que contribuam para o desenvolvimento da atividade no trabalho em questão. Ocorre que com as facilidades de pesquisa pela internet sobre a vida pessoal dos candidatos à vaga de emprego, cada vez mais os empregadores tem desviado o foco das entrevistas por levar em consideração características não importantes ao trabalho, para a contratação ou não.

Sabe-se que esta atitude é considerada um ato discriminatório do empregador, para com o candidato de emprego. Mesmo que a relação de emprego ainda não tenha sido configurada, ao se valer de meios discriminatórios como forma de seleção, resta por violado o princípio da boa-fé. Dessa forma é gerada uma responsabilidade pré-contratual do empregador e por conseguinte, o dever reparação do dano moral gerado ao pretendente a vaga de emprego.

A grande problemática do tema ocorre com a questão probatória. Nota-se uma dificuldade por parte do candidato ao emprego comprovar esta discriminação, tendo em vista que na maior parte das vezes, todos os atos da entrevista de emprego são orais e individuais. Além do candidato não possuir documentos acerca da discriminação, muitas vezes também não sabe qual foi o motivo da não contratação. Pior ainda ocorre quando a discriminação acontece através de pesquisas na internet sobre a vida pessoal dos candidatos. A possibilidade de obtenção de provas pelo empregado é praticamente nula.

Com base na hipossuficiência do candidato, e a posição de super sujeição em que se encontra na fase de pré-contrato, mostra-se juridicamente mais adequada a aplicação da inversão do ônus da prova, para provar ou refutar a discriminação na admissão trabalhista.

Ademais, a inversão do ônus da prova se revela necessária dentro de um entendimento que ainda permite aos tomadores dos serviços praticarem atos em relação aos trabalhadores sem qualquer tipo de fundamentação, como a dispensa sem justa causa, o término do contrato de experiência sem motivação, a recusa na admissão sem justificativa etc.



Com o instituto da inversão do ônus da prova, o empregador precisa justificar e comprovar o motivo da reprovação do candidato. Justificada, portanto, a reprovação do candidato, será possível um real exame dos motivos sustentados pelo tomador, para que se verifique a ocorrência ou não de abuso do direito e das práticas discriminatórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BEZERRA, S. A. C.; HELAL, D. H. **Os Desafios do Recrutamento e Seleção de Docentes do Curso Superior de Administração: um estudo em Belo Horizonte**. In: XXXIII Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2009. São Paulo: ANPAD, 2009.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Senado Federal, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 27 mar. 2015.

_____. Decreto nº 62.150, de 19 de jan. de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT que dispõe sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de janeiro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm> Acesso em: 20 mar.2015.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. Dispõe sobre a proibição de práticas discriminatórias na relação de emprego e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17.4.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento ao recurso**. Recurso Ordinário nº 00615-2012-071-09-00-6 . Sidney Maria de Jesus e Posto de Molas Schuster Ltda. Relator Cássio Colombo Filho. 14 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=5061916&procR=AAAS5SABvAAHgC%2BAAL&ctl=14717> . Acesso em 27 fev 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 16ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento parcial recurso** . Recurso Ordinário nº 00693-2008-012-16-00-9 . Frigorífico Vale Do Tocantins S. A. e Francisco de Assis Mota de Oliveira. Relator: Ministro Luiz Fux Américo Bedê Freire. 03 de nov. de 2009. Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7442103/693200801216009-ma-00693-2008-012-16-00-9/inteiro-teor-13091558>>. Acesso em 20 mar. 2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso** . Recurso Ordinário nº 00450.2007.009.17.00.1. Transportes Pesados Minas Ltda e José Carlos Chaider da Silva. Relator: Cláudio Armando Couce de Menezes. 21 jan. 2009. Disponível em:



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E
DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

<<http://www.trtes.jus.br/sic/sicdoc/DocViewer.aspx?fmt=1&sq=466279841&id=257>>. Acesso em : 27 mar. 2015

BUARQUE, Carolina De Prá Camporez. A necessidade de inversão do ônus da prova em condutas discriminatórias na admissão. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2550, 25 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/15106>>. Acesso em: 15 fev 2015

CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. **Revista do TRT/EMATRA - 1ª Região**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. **Responsabilidade Civil Pré- Contratual em Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007.

IBOPE . **Número de pessoas com acesso à internet passa de 100 milhões**. 2013. Disponível em : <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Numero-de-pessoas-com-acesso-a-internet-passa-de-100-milhoes.aspx>>. Acesso em : 03 mar. 2015

JANUZZI, Lidercio. **Recrutamento on-line: uma realidade cada vez mais presente nas empresas**. 2004. Disponível em: <http://www.rh.com.br/ler.php?cod=3739&org=3>. Acesso em: 02 mar. 2015.

LOPES ,Otavio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho** . 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

MANO, Cristiane. Pescaria on-line: como usar a rede para encontrar talentos. **Revista Exame**: Abril, 2001. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0742/noticias/pescaria-online-m0047772>> . Acesso em 20 mar. 2015

PATI, Camila. O que os recrutadores procuram nas redes sociais. **Revista Exame**: Abril, 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/o-que-os-recrutadores-procuram-nas-redes-sociais>> . Acesso em: 05 mar. 2015.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Rosane Leal da. **Liberdade de expressão e comunicação X Justa Causa: A visão do TRT gaúcho sobre os conteúdos postados no Orkut como motivo para despedida do empregado**. Direitos emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM /organizador Jerônimo Siqueira Tybush.- Ijuí: Unijuí, 2013.

SIMÓN, Sandra Lía. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

VIEIRA, Vanessa, PUGLIESI, Nataly e AMARO, Mariana. A melhor vitrine são as redes sociais e os sites de emprego. **Revista Você S/A**: Abril, 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-voce-sa/edicoes/184/noticias/a-melhor-vitrine-profissional?page=7>>. Acesso em: 10 out. 2013.