

3º

CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015

MÍDIAS E  
DIREITOS  
DA SOCIEDADE  
EM REDEV CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E  
DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIIDDI

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

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

## ACESSO ÀS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO DE ADMISSÃO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL, EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRABALHADORES.

### NETWORK ACCESS AS SOCIAL ADMISSION CRITERIA: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE CONSTITUTIONAL IN RIGHT PROTECTION KEY WORKERS.

Valéria Ribas do Nascimento<sup>1</sup>  
Bibiane Machado da Silva<sup>2</sup>

#### RESUMO

Com a popularização da Internet no Brasil, surgiram novas formas de comunicação pela rede. Atualmente a internet não demanda um computador fixo ligado a um modem. Hoje é possível, inclusive, acessá-la via celular de qualquer local. Na década de 2000 surgiram as primeiras redes sociais: Orkut (2004), Facebook (2004), Twitter (2006), entre outras. As empresas ao perceber a adesão dos brasileiros, passaram a utilizar tais mecanismos como vias de divulgação. Contudo, quando parte dessas empresas inaugura a prática de "vasculhar" as redes sociais dos candidatos a seus postos de trabalho para delinear personalidades "boas" ou "máis" levanta uma série de discussões. Dessa forma, o presente artigo busca analisar esse acesso por parte das empresas como mecanismo de afronta aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Será utilizado na pesquisa o método de abordagem Dialético. Já o método de procedimento será o histórico. Salienta-se que não há jurisprudência relacionada ao assunto. Essa não-manifestação decorre, em elevada medida, da impossibilidade de comprovação do acesso aos perfis dos candidatos. Da pesquisa pode-se depreender que é necessário o debate acerca da identificação de quem acessa esse espaço virtual para possível composição da carga probatória em demandas cujo escopo seja o preconceito nos processos de admissão.

Palavras-chave: admissão; discriminação; redes sociais; trabalhador.

#### ABSTRACT

With the popularization of the Internet in Brazil, new forms of network communication. Currently, the Internet does not require a fixed computer connected to a modem. Today you can even access it via cell phone from any location. In the 2000s, the first two social networks: Orkut (2004), Facebook (2004), Twitter (2006), among others. Companies to realize the accession of Brazilians began to use such mechanisms as dissemination pathways. However, when these companies inaugurated the practice of "scour" the social networks of the candidates for their jobs to outline personalities "good" or "bad" raises a number of discussions. Thus, this paper analyzes such access by enterprises as a mechanism of affront to the fundamental rights of workers. Will be used to search the dialectic method of approach. Have the procedure method will be history. Please note that there is no case law related to the matter. This non-manifestation takes place in high extent on the evidence of impossibility of access to candidate profiles. Research can be inferred that the debate about identifying who is required to access this virtual space possible composition of the evidentiary burden on demands whose scope is the bias in the admissions process.

Key-words: admission; discrimination; social networks; worker

<sup>1</sup> Doutora em Direito, Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Maria, Vice-coordenadora da Pós Graduação em Direito da mesma instituição. [valribas@terra.com.br](mailto:valribas@terra.com.br)

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, Bacharel em Ciências Contábeis pela mesma Instituição, Contadora. [bibiane.advogada.ufsm@gmail.com](mailto:bibiane.advogada.ufsm@gmail.com)

3º

CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015

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

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

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

## INTRODUÇÃO

Tratar sobre critérios discriminatórios na admissão de novos empregados é levantar a discussão sobre preconceitos, os quais, infelizmente, grande parcela da população não almeja debater. Entretanto, do ponto de vista do estudioso da Ciência Jurídica, a quem deve primar pela proteção da esfera hipossuficiente da futura relação de trabalho, é elevada a dificuldade de fazer prova quanto a qualquer tipo de discriminação no momento da admissão. Esse cenário pode advir do fato de não existir um critério instituído, cedendo assim espaço para uma análise subjetiva.

Os obstáculos para conceber possível carga probatória podem ser ainda maiores quando a empresa analisa os perfis dos candidatos nas redes sociais não voltadas à vida profissional dos mesmos. Essa conduta obscura pode ser capaz de descartar muitos trabalhadores antes mesmo de entrevistá-los. Uma vez que não há o controle de quem acessa os canais de comunicação dos usuários. Nesse contexto, partindo-se da realidade a qual o acesso às redes sociais é prática rotineira em algumas empresas como ferramenta de seleção, como identificá-la e combatê-la no intuito de se prevenir a atuação discriminatória?

Dessa forma, a presente pesquisa pretende estudar como tal ação pode excluir profissionais sem ao menos oportunizá-los mecanismos de ingresso ou de permanência no mercado de trabalho. Isso com base em preconceitos de raça, gênero, crença religiosa, orientação sexual, entre outros. Os objetivos do estudo são: examinar o rol de direitos fundamentais de proteção do trabalhador em face de critérios de admissão discriminatórios. Também, verificar se o acesso aos perfis nas redes sociais por parte das empresas durante suas seleções fere direitos fundamentais. E finalmente, sugerir possíveis soluções se constatado o preconceito.

A metodologia empregada será o método de abordagem Dialético, o qual permite explorar o objeto do estudo de forma crítica, e, analisar os textos constitucional e doutrinário levando em consideração as rápidas mudanças da sociedade em rede e como estas se relacionam. No estudo, será também utilizado o método de procedimento histórico, o qual terá a função de analisar o catálogo dos direitos fundamentais da Carta Magna vigente, os quais podem ser feridos pela conduta.

O artigo está estruturado da seguinte forma: inicialmente abordará o arcabouço de direitos fundamentais que devem ser observados no fluxo de informações pessoais nas



redes sociais analisando os artigos relacionados da Constituição da República Federativa do Brasil e Legislação Complementar. Em seguida passará para uma análise breve doutrinária. E, para finalizar investigará o acesso às redes sociais como critério de seleção, demonstrando a dificuldade de identificar quem acessa os perfis, bem como se essa prática poderá resultar em discriminação do trabalhador.

Portanto, na hipótese de verificada discriminação por parte das empresas que utilizam-se de informações dos perfis dos trabalhadores com o torpe objetivo de excluí-los de suas seleções, é legítima sua repressão. Essa, necessita ser realizada por meio do endurecimento nas sanções já delimitadas no ordenamento, que são fracas e carecem de efetivação exatamente pelo fato de os maiores atingidos serão os principais financiadores de campanhas eleitorais: o empresariado.

## **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEVEM SER OBSERVADOS NO FLUXO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS NAS REDES SOCIAIS**

### **1.1 Rol normativo interno**

A legislação de combate a critérios discriminatórios na admissão de empregados evoluiu consideravelmente no Brasil. Principalmente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Seu texto, o qual reflete o anseio do constituinte originário, recém-saído de um regime ditatorial, e com a intenção de efetivar os preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, abordou no artigo 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.”

Além desse, outro dispositivo de grande valia para o presente estudo é o artigo 5º, o qual trouxe em seu bojo diversos direitos, os quais garantem aos cidadãos em busca de colocação, um tratamento desprovido de preconceitos. Abordaremos cada um deles de forma suscinta, visto que suas respectivas amplitudes demandariam uma obra muito mais detalhada. O que infelizmente não será possível realizar neste estudo.

O primeiro preceito faz referência à liberdade de expressão:

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>3</sup>;

Esta prerrogativa permite a todos que exponham sua opinião sobre qualquer assunto, independentemente de ostentar a nacionalidade brasileira ou estrangeira, exigindo-se apenas a estada dentro do território brasileiro. No que tange ao objeto da presente pesquisa, qual seja, as redes sociais, esse direito fundamental não permite ao contratante realizar qualquer juízo de valor sobre a conduta do candidato com base apenas no que ele posta em seu espaço na Web.

Dando seguimento, ainda sob a égide do artigo 5º de nossa Carta Magna, o inciso VIII pondera que:

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei<sup>4</sup>;

Tal fundamento encontra guarida na liberdade de ter (ou não) fé espiritual, justificada pelo nosso Estado Laico, no qual os seguidores de todas as religiões devem conviver em harmonia, respeitando suas respectivas liturgias. Da mesma forma, não há pretexto para se tolir o convencimento por determinada corrente filosófica ou política por parte do trabalhador. Assim, o empregador mesmo que detenha ideologia diversa da publicada pelo trabalhador em sua rede social, não pode, com base nessa, embaraçar a conquista do posto de trabalho.

Já com relação ao direito de preservação da imagem e da honra o inciso X é categórico: “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>5</sup>. Nessa senda, alguns empresários ou responsáveis pelos processos seletivos podem, por exemplo, visualizar os perfis dos candidatos com certo desprezo quando estes postam fotos em confraternizações fazendo uso de bebidas alcoólicas. Ora, se a inquietação é com relação ao desempenho laboral e possível dependência química, a legislação brasileira estipula jornada máxima semanal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, salvo exceções quando há prorrogação (de no máximo duas horas extras por dia). Mesmo com essa prorrogação, devidamente autorizada pelo órgão competente,

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.



totalizaria 56 horas dedicadas ao trabalho semanalmente. A semana possui 168 (cento e sessenta e oito horas), logo 112 (cento e doze horas) são destinadas à esfera privada do trabalhador, e nesta, o empregador não tem ingerência.

Além disso, é inadmissível inferir com base apenas em fotos ou declarações compartilhadas que o candidato possui algum tipo de vício ou que futuramente, se contratado, sua conduta venha a prejudicar a imagem da empresa. Para isso, o legislador pátrio inseriu o mecanismo Contrato de Experiência. O qual possui a função de experimentar o desempenho do trabalhador naquela função. E, pode também servir, mesmo que indiretamente, para identificar se o trabalhador possui alguma dependência química. Tal constatação, em nosso entender, deve ser posterior à admissão e não baseada em “suposições”, uma vez que a doença (se existe) demanda do empregador não a discriminação, mas sim o auxílio do setor de Medicina e Segurança do Trabalho da empresa antes de uma medida mais extrema, em último caso a demissão por justa causa<sup>6</sup>. Uma vez que sua função social, como detentor dos meios de produção, deveria ser gerar emprego e renda.

Já sob a inteligência do artigo 7º de nossa Carta Magna podemos destacar dentre as garantias inerentes aos trabalhadores dois incisos que falam sobre discriminação:

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>7</sup>

Ao analisar a discriminação elencada no inciso XXX, por exemplo, a visita à rede social de uma candidata mulher, casada, em idade plena reprodutiva pode fomentar a sua desclassificação em determinado processo seletivo. Isso, pelo fato de ser possível futuro afastamento para exercer o direito legítimo da maternidade.

No tocante à discriminação do portador de necessidades especiais e do afrodescendente, o empresário contratante ao visualizar no perfil social do candidato a deficiência ou raça antes da entrevista, pode nela agir com preconceito. Ou o que é mais grave, impedí-lo de participar das demais etapas do processo seletivo.

<sup>6</sup> Artigo de opinião vinculado em JUS NAVEGANDI em 04/2012.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.



Tal dispositivo pode ser apreciado em conjunto com o inciso XLII do artigo V de nossa Carta Magna. Logo, com relação à discriminação por critério de raça, a referida prerrogativa é contundente: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.<sup>8</sup> A sanção descrita neste ordenamento foi instituída poucos meses depois após a promulgação da Constituição de 1988 pela Lei 7.716 de 05 de Janeiro de 1989. Em seu artigo 4º é delimitada a punição à conduta preconceituosa com relação à raça do trabalhador: “Artigo 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. [...] Pena: reclusão de dois a cinco anos”.

Todos os dispositivos supracitados deveriam ser verificados, no caso concreto, de forma indissociável ao inciso XLI do artigo 5º: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.<sup>9</sup> Contudo, se examinados em relação ao objeto da presente pesquisa, pode-se verificar que esse regulamento não alcança seu desiderato, em função de sua inexequibilidade.

Outro ordenamento de suma importância para a concretização dos direitos fundamentais relacionados ao escopo do trabalho é a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, segundo Paulo Bonavides é conceituada da seguinte forma:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim de promover, sem distinção de raça, sexo, religião, o respeito à dignidade do ser humano.<sup>10</sup>

A dignidade referida no conceito de Bonavides pode ser interpretada também sob a ótica do trabalhador que busca sua colocação no mercado de trabalho. Uma vez que o documento esboça o comprometimento de todas as nações que sofreram direta ou indiretamente os horrores de uma grande guerra. Nesta, a raça judia foi retirada da sua vida laboral e ferozmente dizimada, pelo simples fato de ser judia<sup>11</sup>.

A Declaração traz em seu bojo no artigo II:

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013 p. 596

<sup>11</sup> O MENINO DO PIJAMA LISTRADO, Filme, Direção de Mark Herman, Produção em parceria Inglaterra e Estados Unidos, 2008, son., color., 94 min., DVD, Drama.



1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição<sup>12</sup>.

O referido dispositivo, como percebe-se, foi de certa forma diluído no texto do artigo 5º de nossa Carta Magna. O leitor assim, poderia imaginar que o presente estudo ao citá-lo está sendo repetitivo. Não é esta a intenção, sua alusão pretende demonstrar que o constituinte originário de 1988 foi buscar da esfera internacional quais os tipos de discriminação que devem ser compelidos dentro do território nacional. E, para isso vale-se do princípio da universalidade, o qual segundo Ingo Wolfgang Sarlet: “todas as pessoas pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais”<sup>13</sup>.

Já no artigo VII do mesmo documento infere-se o princípio da igualdade aplicável inclusive perante o acesso ao mercado de trabalho:

Artigo VII -Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Essa prerrogativa, também incorporada ao texto constitucional brasileiro, justifica a necessidade de formulação de preceitos aplicáveis aos fatos concretos comprovadamente segregacionistas. Isso inclui, em nosso entender, o preconceito gerado pela vigilância das redes sociais nos processos de admissão.

Ademais, os artigos XVIII e XIX da referida Convenção fazem referência a liberdade de pensamento e expressão:

XVIII Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular.

[...] Artigo XIX Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal do Direitos Humanos. 1948

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 211

<sup>14</sup> NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal do Direitos Humanos. 1948



O entendimento de ambas as premissas é consolidado pelo artigo XXVIII da referida Convenção: “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”<sup>15</sup>.

Outrossim, elevada importância deve ser direcionada à Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa norma conceitua o vocábulo discriminação no âmbito trabalhista em seu artigo 1º:

Artigo 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.<sup>16</sup>

O presente artigo, portanto, delimita as formas de discriminação no âmbito do Direito do Trabalho. Tal instrumento labuta ainda com o conceito de discriminação negativa percebida nessa seara. Esta, inaceitável perante o Estado Democrático de Direito.

Finalmente a Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, foi uma tentativa do legislador pátrio em regular as relações advindas do uso da Rede Mundial de Computadores no território brasileiro. Esta norma foi uma resposta a espionagem estadunidense sobre as comunicações governamentais brasileiras. O que gerou bastante desconforto diplomático.

O caput do seu artigo 2º contextualiza: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão...”<sup>17</sup> Assim, o direito fundamental, qual seja, a liberdade de expressão também encontra guarida na legislação infraconstitucional recentemente aprovada.

Aliado a esse, o artigo 22 do mesmo regulamento determina que os acessos podem ser requisitados para constituir carga probatória:

<sup>15</sup> NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto 62.150 de 19 de janeiro de 1968.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.



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

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

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.<sup>18</sup>

Tal preceito, em tese, traz ao possível autor de ação maior segurança jurídica, entretanto, a requisição dos acessos pode se tornar inviável: imaginemos se, em cada entrevista realizada o candidato requerer que o juiz determine ao provedor de cada rede social que disponibilize os dados de quem acessou seu perfil. Seria necessário um elevado incremento de recursos humanos no Poder Judiciário somente para atender todos os pedidos.

## 1.2 Algumas ponderações doutrinárias

Segundo Paulo Bonavides os direitos fundamentais de primeira geração são:

...direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.<sup>19</sup>

Neste sentido, o autor pretende demonstrar que cada cidadão é detentor de peculiaridades que devem ser respeitadas para um convívio harmônico em sociedade. Bonavides todavia, não está inaltecendo a individualidade nessa afirmação, apenas reflete que o coletivo se constrói pela união de muitas subjetividades.

Já com relação à liberdade de expressão Gilmar Mendes declara:

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, idéias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem, etc). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013 p. 582

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009 p. 402



Nesse interim, o internauta, relativamente ao objeto do estudo, pode realizar a postagem de fotos da maneira que desejar, desde que as mesmas não ofendam outros direitos, como por exemplo fotos que afrontem a proteção de crianças e adolescentes.

Outrossim, o mesmo autor pondera com relação ao Direito à privacidade: “No âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo.”<sup>21</sup> Assim, o autor justifica o entendimento que, mesmo a rede social sendo pública, o seu dono tem a prerrogativa de gerência e identificação sobre esse espaço que é exclusivamente seu.

Já com relação à titularidade de Direitos Fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o termo da seguinte forma:

Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é que figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.<sup>22</sup>

Portanto, o titular do direito é, em nosso estudo, o dono do perfil na rede social. O mesmo necessita do agasalho constitucional para enfrentar o destinatário-empresa/empresário- que está contratando, se houver comprovação da conduta discriminatória.

Sarlet complementa ainda com relação aos direitos fundamentais:

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.<sup>23</sup>

Assim, o mínimo existencial citado pelo autor demanda do operador do direito, na análise do caso concreto, a equalização de forças afim de que a parte hipossuficiente alcance um patamar mínimo de dignidade. Esse desiderato é perseguido no âmbito

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009 p. 422

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 209

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 215



internacional, o qual é constantemente abalado por conflitos deveras prejudiciais aos direitos humanos.

Entretanto, o mesmo autor ainda aponta uma dificuldade frequentemente enfrentada pelo jurista na apreciação da lide:

Precisar se determinado bem, objeto ou conduta se encontra compreendido no âmbito de proteção de determinado direito fundamental não é, conforme referido, tarefa simples. Na linha de que não apenas se interpretam os textos legais, mas também os fatos a que estes se encontram referidos, há de se proceder a uma cuidadosa investigação acerca de quais realidades da vida se encontram afetas ao âmbito de proteção do direito fundamental examinado.<sup>24</sup>

Concordamos com o autor: não é permitível definir um padrão de análise para todas as situações. São muitas variáveis que necessitam ser verificadas em cada caso para se chegar à resposta mais acertada possível.

E, segundo Paulo Bonavides<sup>25</sup>: “De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos”.

## 2. O ACESSO AS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO DE SELEÇÃO

### 2.1 Emergência de identificação do visitante

É necessário fazer novamente referência ao artigo 22 da Lei 12.965. Analisando tal disposição, o mesmo ao falar em fundado indício da ocorrência do ilícito ou justificativa motivada enseja o seguinte questionamento: Como comprovar que o empregador fazendo-se valer do perfil nas redes sociais, agiu de forma discriminatória em seu processo seletivo se o candidato desconhece o fato de o empregador ter acessado ou não o seu perfil? Isso impossibilita qualquer iniciativa de punição à potencial discriminação, posto que, para requerer dos provedores os registros de acesso, o candidato tem que comprovar perante o judiciário que a empresa o discriminou.

Neste sentido, observa-se que o candidato quando está em busca de colocação deixa currículos em diversos locais e se submete a uma infinidade de entrevistas, nas quais

<sup>24</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p. 398

<sup>25</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013 p. 548



em grande parte não recebe um feedback por parte do contratante justificando o porquê da sua (in)aptidão ao cargo.

Alguém poderia rebater que as empresas possuem essa prerrogativa, visto que muitos candidatos também acessam os perfis das corporações a fim de obter informações sobre benefícios, rendimentos, etc. Seria, portanto, uma espécie de “Lei de Talião”, errado. Os candidatos, quando acessam os perfis das empresas estão amparados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma eles buscam saber se os empregos proporcionarão condições mínimas de prover o sustento de suas famílias. Hannah Arendt, neste sentido, em sua obra “A condição humana” conseguiu sintetizar brilhantemente a função do trabalho para o que depende dele: “O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie.”<sup>26</sup>

Já as empresas, ao efetuarem tal pesquisa, possuem, na maioria das vezes o interesse em dominar a vida de seus futuros colaboradores, minimizar faltas e afastamentos, verificar se estão dispostos a cargas horárias extenuantes, ou seja, transformá-los em operários bem obedientes. Contudo, quando não encontram este cenário, podem excluir tais trabalhadores na fonte.

## 2.2 Impossibilidade de verificação se do acesso resultou conduta discriminatória

Antes de abordar a questão da política de acesso das redes sociais mais populares no país, é importante trazer alguns dados acerca da inclusão digital no Brasil: Atualmente, dos 55.857.000 de domicílios brasileiros, cerca de 34,5% (19.270.665) possuem computador com acesso à Internet<sup>27</sup>, não especificando se é fixa ou móvel. É um contingente deveras expressivo.

Já com relação às redes sociais, o estudo irá analisar as mais populares e que não estão envolvidas com o âmbito profissional do trabalhador. Tal eleição tem o objetivo de demonstrar exatamente a invasão que ocorre na vida privada do trabalhador, são elas: Facebook, Instagram e Twitter.

A primeira delas o Facebook, possuía já em março de 2013 sessenta e sete milhões de usuários ativos no Brasil<sup>28</sup>. Ao pesquisar na Central de ajuda, na área de perguntas e

<sup>26</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 16

<sup>27</sup> IBGE *Sistema de Indicadores Sociais: Uma análise das Condições de Vida da População Brasileira*. 2014 p. 186



respostas da referida rede social sobre de que forma poderia ser identificado quem acessa a Linha do tempo do usuário, o seguinte questionamento é visualizado: “Posso saber quem está olhando para a minha Linha do Tempo e quantas vezes ela está sendo vista?”<sup>29</sup>

A resposta padrão é enfática:

Não, o Facebook não permite rastrear quem visualiza seu perfil ou suas publicações (por exemplo, suas fotos). Aplicativos de terceiros também são incapazes para fazer isso. Se você encontrar um aplicativo que alegue mostrar quem está vendo seu perfil ou suas publicações,denuncie.<sup>30</sup>

Ora, não havendo possibilidade de verificar quem acessou o perfil do candidato, como seria possível demandar perante o Poder Judiciário qualquer sanção a essa discriminação? Uma vez que o ônus da carga probatória é de quem a alega: “Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”<sup>31</sup>

Outra rede social bastante difundida atualmente é o Instagram com cerca de 300 milhões de usuários no planeta<sup>32</sup>. Da mesma forma, foi pesquisado na Central de Ajuda, a qual publica a seguinte pergunta padronizada com sua respectiva resposta:

**Quem pode ver as minhas fotos?**

Todas as fotos são públicas por padrão, o que significa que elas são visíveis para qualquer pessoa usando Instagram ou no site da instagram.com. Se você optar por fazer a sua conta particular, em seguida, apenas as pessoas que você segue no Instagram serão capazes de ver suas fotos.<sup>33</sup>

A mudança de configuração para tornar as fotos privadas no primeiro momento poderia minimizar o potencial discriminatório, se essa plataforma fosse visualizada. Entretanto, ainda na central de ajuda do Instagram outra pergunta desconstrói essa concepção:

**Como faço para definir minhas fotos e vídeos como privados para que somente seguidores aprovados possamvê-los?**

Por padrão, qualquer um pode ver seu perfil e suas publicações no Instagram. Você pode tornar suas publicações privadas no aplicativo do Instagram para que apenas seguidores aprovados possamvê-las. Por enquanto, não é possível configurar publicações como privadas usando um computador desktop.

<sup>28</sup> Notícia vinculada em O ESTADO DE SÃO PAULO em 19/03/2013.

<sup>29</sup> FACEBOOK, Central de Ajuda.

<sup>30</sup> FACEBOOK, Central de Ajuda.

<sup>31</sup> Consolidação das Leis do Trabalho. Artigo 818

<sup>32</sup> Notícia vinculada em BBC Brasil em 10/12/2014.

<sup>33</sup> FACEBOOK, Central de Ajuda.



Alguns pontos a se lembrar sobre publicações privadas:

Publicações privadas que você compartilha nas redes sociais podem estar visíveis ao público dependendo das suas configurações de privacidade para aquela rede. Por exemplo, uma publicação que você compartilha no Twitter que estava definida como privada no Instagram pode ser visível às pessoas que podem ver suas publicações no Twitter...

Assim, a publicidade (protegida ou não) demandaria do dono do perfil no Instagram um cuidado excessivo em todas as suas redes sociais.

A terceira rede social mais difundida atualmente é o Twitter. Já em março de 2013 eram 33,3 milhões de usuários no país<sup>34</sup>. Neste canal, da mesma forma que os anteriores, a Central de Ajuda explica sobre a (não) privacidade das postagens:

Quem pode ver os meus Tweets?

Tweets públicos (configuração padrão) são visíveis para qualquer pessoa, tenha ela uma conta no Twitter ou não.

Tweets protegidos só podem ser visíveis para seguidores no Twitter previamente aprovados.<sup>35</sup>

Logo, poderia se pensar que bastaria definir a configuração protegida para impedir que as mensagens sejam visualizadas por pessoas não autorizadas. Todavia, postagens anteriores à essa configuração permanecem públicas:

Se os seus Tweets alguma vez foram públicos, serão sempre públicos e incluídos em buscas, mesmo depois que você mudar as suas configurações para “protegido”. Apenas os Tweets feitos **depois** da mudança nas suas configurações serão protegidos.<sup>36</sup>

Portanto, com base nessas informações, verifica-se que as três maiores redes sociais existentes no país - não relacionadas à vida profissional do trabalhador - de uma maneira ou outra acaba permitindo que usuários não autorizados visualizem as postagens. Outrossim, não oferecem aos seus clientes mecanismos que identifiquem tais acessos e que poderiam servir de prova para apuração de comportamento preconceituoso, caso este ocorra.

<sup>34</sup> Notícia vinculada em BBB Brasil em 22/03/2013.

<sup>35</sup> TWITTER, Central de Ajuda.

<sup>36</sup> TWITTER, Central de Ajuda.



## CONCLUSÃO

Em face do que foi exposto acima, se faz necessário um debate com o objetivo de enfrentar qualquer discriminação que poderia advir de uso das informações disponíveis nas redes sociais dos candidatos a empregos. É importante salientar ainda que, a inexistência de jurisprudência relacionada ao assunto decorre exatamente do fato de ser impossível a identificação de quem acessa os perfis.

Um dos caminhos razoáveis seria o legislador pátrio instituir que todas as redes sociais ativas no país identificassem quem acessa o perfil em cada usuário, como ocorria na extinta rede social Orkut. Para tanto, poderia apenas adicionar um artigo à Lei 12.965 no que tange à regulação da privacidade. Dessa forma, poderia fomentar duas hipóteses: a diminuição da discriminação nos processos seletivos ou ao menos servir de prova para ações de danos morais.

Por óbvio, apenas essa ação não garante a extinção da marginalização em seleções de emprego nas empresas privadas. Sugere-se, além dessa, a inserção de campanhas educativas ao público empresarial demonstrando que tal prática viola preceitos fundamentais e são passíveis de sanção. E, deve-se efetivamente aplicar as sanções cabíveis, pois como dizia Michel Foucault<sup>37</sup> a pena para atingir seu objetivo, deve ultrapassar a simples punição ao corpo do indivíduo, outrossim, ela tem muito mais a função pedagógica para que outros não a repitam.

Outra frente de combate à discriminação como critério de admissão seria o legislador pátrio instituir a obrigatoriedade de publicação dos anúncios de emprego com todas as características almejadas no profissional para o preenchimento da vaga. Assim, o trabalhador em posse dessas informações e, se detentor de todos esses critérios terá como comprovar que sofreu preconceito, a menos que a empresa comprove que o concorrente admitido possui mais tempo de experiência na função.

Também se fazem necessárias campanhas educativas à população alertando sobre como identificar possíveis formas de discriminação e a importância da denúncia para o combate da conduta.

<sup>37</sup> FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 31 ed. Petrópolis, Ed.Vozes, 2006



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

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

E, por fim, não tolerar mais empresas de recursos humanos “recomendando” aos trabalhadores desempregados cuidados no que postam em suas redes sociais, as quais não possuem relação alguma com sua experiência laboral, por que o contratante poderá interpretar de maneira errônea a conduta desses profissionais.

Assim, respeitar a diversidade é condição *sine qua non* para um convivência tranquila em sociedade, uma vez que, como dizia Hannah Arendt:

A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir.<sup>38</sup>

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. cap. I, p. 15 - 30

BBC BRASIL, **Instagram atinge 300 milhões de usuários e ultrapassa Twitter**, BBC BRASIL. 10 dez. 2014. Disponível em:  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/12/141210\\_twitter\\_instagram\\_rb](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/12/141210_twitter_instagram_rb) Acesso em 03 mar. 2015.

BBC BRASIL, **Twitter chega aos 7 anos com 40% de usuários que não tuítam**. BBC BRASIL 22 mar. 2013. Disponível em: <  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130322\\_twitter\\_contas\\_inativas\\_rw](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130322_twitter_contas_inativas_rw)> Acesso em 04 mar. 2015.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicacompileado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm) Acesso em: 05 mar. 2015.

BRASIL. **Decreto Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. . In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF , 09 ago. 1943. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) Acesso em: 06 mar. 2015

BRASIL. **Decreto 62.150 de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF , 20 jan. 1968. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D62150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm) Acesso em: 05 mar. 2015

BRASIL. **Lei 7.716 de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF , 06 jan. 1989. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm) Acesso em: 14 mar. 2015

<sup>38</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 16



**V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIIDDI**

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

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

**BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF , 24 abr. 2014. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm)> Acesso em: 05 mar. 2015

**CASTANHA, Priscilla Folgosi.** A dependência química e as relações de trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3215, 20 abr. 2012. Disponível em:  
<<http://jus.com.br/artigos/21560/a-dependencia-quimica-e-as-relacoes-de-trabalho#ixzz1ss6T2gBW>> Acesso em: 06 mar. 2015.

**FACEBOOK, Central de Ajuda.** Posso saber quem está olhando para a minha Linha do Tempo e quantas vezes ela está sendo vista? Disponível em:<<https://www.facebook.com/help/210896588933875?sr=21&query=posso%20saber%20quem%20aceessa%20%20meu%20perfil&sid=OlaBoc6elzOcMSPzV>> Acesso em: 06 mar. 2015.

**FOUCAULT, M.** **Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete.** 31 ed. Petrópolis, Ed.Vozes, 2006, 288 p.

**GUEDES, F.** **Mídia sem medo: A Evolução das Redes Sociais.** UFPB, João Pessoa, 2012. Disponível em:<<http://www.insite.pro.br/saladeaula/fabricia.pdf>> Acesso em: 06 mar 2015

**INSTAGRAM.** Central de ajuda. Como faço para definir minhas fotos e vídeos como privados para que somente seguidores aprovados possam vê-los? Disponível em:<<https://help.instagram.com/448523408565555>> Acesso em: 06 mar. 2015. (página traduzida)

**INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA IBGE.** **Sistema de Indicadores Sociais: Uma análise das Condições de Vida da População Brasileira.** 2014. Disponível em:<[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2014/SIS\\_2014.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf)> Acesso em 05 mar. 2015

**MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.;BRANCO, Paulo Gustavo G.** **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed.rev e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Cap 2, 5 e 6.

**NAÇÕES UNIDAS.** **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948 Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2015.

**O MENINO DO PIJAMA LISTRADO**, Filme, Direção de Mark Herman, Produção em parceria Inglaterra e Estados Unidos, 2008, son., color., 94 min., DVD, Drama.

**SALLOWICZ, M.** Número de usuários no Facebook no Brasil aumenta 458% em dois anos. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 19 mar. 2013. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/tec/1248993-numero-de-usuarios-do-facebook-no-brasil-aumenta-458-em-dois-anos.shtml>> Acesso em: 05 mar. 2015.

**SARLET, Ingo Wolfgang.** **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 Cap 1 e 4.



TWITTER. Sobre Tweets Públicos e Protegidos. Disponível em:  
<<https://support.twitter.com/groups/51-me/topics/267-security-privacy/articles/289892-sobre-tweets-publicos-e-protegidos>> Acesso em: 06 mar. 2015.