

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÚLIA DE ALMEIDA MATOS TESSAROLLO

**CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS
COMO CRITÉRIO UTILIZADO NA SELEÇÃO E NA
CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS:
(IN)COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DOS TRABALHADORES?**

VITÓRIA

2017

JÚLIA DE ALMEIDA MATOS TESSAROLLO

**CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS
COMO CRITÉRIO UTILIZADO NA SELEÇÃO E NA
CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS:
(IN)COMPATIBILIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DOS TRABALHADORES?**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a aprovação na disciplina de Elaboração do TCC, sob a orientação da Prof.^a Me. Francisca Jeane Pereira da Silva Martins.

VITÓRIA

2017

A Deus por todas as coisas. À minha mãe por seu amor incomparável. Ao meu pai por todo incentivo. Aos amigos com quem eu sempre posso contar.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que sempre me incentivou a ir atrás dos meus sonhos e não parar até conquistar todos os meus objetivos, e que também não mediu esforços para me proporcionar a oportunidade de me formar no curso de minha escolha, independente de qualquer dificuldade. Vocês são minha base e razão das vitórias que já alcancei e das que ainda alcançarei na vida.

Aos meus amigos queridos, que me apoiaram tanto neste longo caminho e compartilharam comigo momentos de alegria e tristeza, de segurança e de incertezas e toda essa montanha russa de emoções vindas de um curso de graduação. Obrigada pelo otimismo, pela colaboração e pela paciência de sempre.

Por fim, direciono os meus agradecimentos aos professores da FDV, sobretudo minha incrível orientadora Prof.^a Jeane Martins, por despertar em mim uma paixão por essa área maravilhosa que é o Direito do Trabalho, assim como por me acompanhar em todo o processo de elaboração do TCC, desde a escolha do tema, sempre com esse carisma inigualável e amor pelo que faz. Você é, sem sombra de dúvidas, minha inspiração.

“Palavras são, na minha nada humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de causar grandes sofrimentos e também remedia-los.”

Joanne Rowling.

RESUMO

O tema tratado pelo trabalho refere-se ao comportamento patronal de utilizar condutas extralaborais dos trabalhadores, manifestadas nas redes sociais, como critério de seleção e de contratação de empregados. Sendo, desse modo, questão de interesse social, acadêmico e profissional. O método utilizado para a discussão foi o dialético, assim como foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e qualitativa. Com a influência das novas tecnologias no mundo do trabalho, os procedimentos de seleção e contratação de candidatos às vagas de emprego têm desenvolvido novas formas que atendam melhor ao mercado e à finalidade exigida pelos empregadores. Os meios cibernéticos de seleção têm sido largamente utilizados. O problema é que com tamanha facilidade de pesquisa que a internet proporciona, os empregadores têm se utilizado das informações expostas em redes sociais para selecionar os candidatos que mais lhe interessam. Mas, ao utilizar dados referentes à vida privada do candidato, o empregador pode estar praticando atos discriminatórios, proibidos por lei, que ensejam reparação legal. Nesse sentido os direitos fundamentais de liberdade de expressão do empregado e liberdade de contratação do empregador colidem, exigindo a utilização da ponderação nos casos concretos e revelando uma necessidade de regulamentação e imposição de limites na fase pré-contratual trabalhista, para evitar abusos da “parte mais forte”.

Palavras-chave: Redes Sociais. Condutas Extralaborais. Responsabilidade Pré-Contratual. Direitos Fundamentais. Ponderação.

ABSTRACT

The theme of the work related to the employer behavior of the use of extralaboral behaviors of the workers, manifested in the social networks, as criterion of selection and hiring of employees. Being, therefore, a matter of social, academic and professional interest. The method used for the discussion was the dialectic, just as bibliographical and qualitative research was used. With the influence of new technologies in the world of work, the procedures for selecting and hiring candidates for job vacancies have developed new ways that better serve the market and the purpose demanded by employers. Cybernetic means of selection has been widely used. The problem is that with so much search facility that the internet provides, employers have used the information displayed on social networks to select the candidates that interest you the most. But when using data relating to the candidate's private life, the employer may be engaging in discriminatory acts, prohibited by law, that lead to legal redress. In this sense, the fundamental rights of freedom of expression of the employee and freedom to contract the employer collide, requiring the use of weight in concrete cases and revealing a need for regulation and imposition of limits in the pre-contractual phase of labor, to avoid abuses of the "stronger part".

Keywords: Social Networks. Extralabor conduct. Pre-Contractual Responsibility. Fundamental rights. Weighting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 REDES SOCIAIS E REPERCUSSÕES NAS CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS.....	12
1.1 INFLUÊNCIAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO MUNDO DO TRABALHO.....	12
1.2 REDES SOCIAIS E FASE PRÉ-CONTRATUAL	14
1.2.1 Casos concretos de uso de informações retiradas das redes sociais como critério de seleção e de contratação de trabalhadores..	17
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: (IN)COMPATIBILIDADE	21
2.1 DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	21
2.1.1 A liberdade de expressão como um direito fundamental.....	23
2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: COMO COMPATIBILIZA?.....	25
3 CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO UTILIZADO NA SELEÇÃO E NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS	32
3.1 CONDUTAS EXTRALABORAIS: CONTEÚDO	32
3.2 CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR.....	33
3.2.1 Limites da utilização	35
3.2.2 Responsabilidade pré-contratual e o dever de indenizar os danos causados	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos pós Revolução Industrial culminaram, dentre as várias inovações criadas, com o desenvolvimento dos sistemas de comunicação. Posteriormente, durante a Guerra Fria a rede mundial de computadores era utilizada como o meio de comunicação dos militares quando os sistemas de telecomunicações convencionais eram destruídos pelas tropas inimigas. Foi apenas na década de 90 que a internet teve um alcance geral na população com a globalização.

A evolução e expansão do uso desse meio geraram desdobramentos, entre os quais se destaca o advento das redes sociais. O sistema de comunicação digital, portanto, ganha uma nova roupagem, essas ferramentas são utilizadas pelo mundo inteiro, quebrando barreiras de tempo e espaço, tornando-se essencial no cotidiano de grande parte da população, construindo-se de uma necessidade básica do ser humano, a interação social.

Entretanto, esse novo meio de interação social, apesar de muito vantajoso, tornou-se mais um “espaço” público, no qual os indivíduos passaram a expor seu estilo de vida, suas personalidades e suas crenças de maneira mais intensa. A liberdade de expressão parece nunca ter sido tão utilizada quanto agora.

O problema que surge, em meio a essa exposição excessiva, é o difícil controle de como todas essas informações sobre a vida pessoal poderá ser utilizada. No âmbito do Direito, por exemplo, há uma forte tendência à proteção das liberdades de cada um em relação às condutas discriminatórias.

Na ceara do direito trabalhista, vê-se um aumento considerável do uso da internet para recrutamento, seleção e contratação de empregados. O que é bem proveitoso para as empresas por tratar de um método rápido e cada vez mais eficaz de contratação.

Porém, a internet permite uma pesquisa tão ampla acerca dos dados do candidato que extrapola a esfera do profissionalismo, abrindo espaço para que o possível empregador conheça também seus dados e características pessoais, em outras palavras, tudo que é compartilhado em redes sociais sobre sua vida privada.

Assim, paralelamente ao uso do direito fundamental à liberdade de expressão utilizada pelos candidatos para exibição pessoal nas redes sociais, está também o direito à liberdade de contratação dos empregadores, que não deixa de ser um direito fundamental também.

Dessa forma, a liberdade de contratação garante que ao selecionar candidatos a empresa possa buscar entre os indivíduos aqueles que possuem um perfil mais adequado ao almejado por ela, ou mesmo aqueles em quem a empresa teve um maior interesse.

Todavia, ao realizar a busca por um perfil ideal, o empregador não pode realizar nenhum tipo de conduta discriminatória. A liberdade de contratação, garantida pela legislação, não pode ser utilizada para cometer atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é preocupante que as informações encontradas sobre a vida privada dos candidatos sejam utilizadas pelas empresas como forma de discriminar os concorrentes à vaga de emprego ofertada.

Consequentemente, o empregador deve analisar as informações adquiridas nas redes sociais dos candidatos à vaga de emprego com muita cautela, uma vez que “um mau uso das ferramentas da internet pelo empregador pode transformar a seleção pessoal, a qual deveria somente avaliar a capacidade técnica dos candidatos, em uma exclusão discriminatória”¹.

Na ocorrência desse tipo de conduta, poderá o candidato exercer seu direito à reparação por danos ocorridos na fase pré-contratual - ou seja, fase na qual ainda

¹ TOMASI, Pricila Dalmolin. LINHARES, Thiago Tavares. **A discriminação através da internet na fase pré-contratual trabalhista e o ônus da prova**. 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017.

não há um contrato, mas sim as negociações e os contatos preliminares - é o que vem sendo decidido na jurisprudência pátria.

Portanto, questiona-se se o comportamento patronal de utilizar condutas extralaborais dos trabalhadores, manifestadas nas redes sociais, como critério de seleção e de contratação representaria manifestação da liberdade de contratação conferida ao empregador ou encontraria óbice no ordenamento jurídico trabalhista.

A escolha desse tema de pesquisa deve-se ao fato de que com a “informatização” da sociedade, os meios cibernéticos de comunicação e troca de informação estão sendo utilizados em diversas esferas da vida. Portanto, cabe ao Direito, visando à proteção dos direitos e garantias, alcançar também essa esfera social, sendo, neste sentido, um tema de elevada importância profissional, acadêmica e para a sociedade em geral.

O uso da internet em um método moderno de contratação pode refletir no Direito do Trabalho de forma vantajosa ou não. Por vezes, ao encontrar-se em um estado de desvantagem, o empregado pode ter seus direitos violados desde a fase pré-contratual. Assim, cabe às empresas o cuidado na seleção e contratação de candidatos para evitar danos aos direitos e, conseqüentemente, possíveis reparações no futuro.

Ainda, para o meio profissional, a contribuição prática que o tema pode proporcionar grande relevância, quando verificado que causa certa discussão doutrinária e jurisprudencial, não apresentando, ainda, legislação que regule sobre as possíveis conseqüências do uso das redes sociais como critério para seleção e contratação de candidatos no âmbito trabalhista.

Não menos importante, insta frisar o aporte acadêmico do tema referenciado, principalmente para a disciplina de Direito do Trabalho, por versar sobre assunto não muito explorado, mas que já demonstra ter importância tanto para os acadêmicos do direito, quanto para os que estão ingressando nas carreiras trabalhistas, já que a proposta é atual e está repercutindo, mas ainda não há legislação específica.

Para uma abordagem concisa da pesquisa em questão o método dialético será utilizado no intuito de averiguar os argumentos sobre a questão da aplicação dos direitos fundamentais dos indivíduos, mais especificamente da liberdade de expressão, na perspectiva das relações trabalhistas, em contraponto à liberdade de contratação dos empregadores.

Por tratar-se de um método de valorização do diálogo e fomentação de debates, a dialética enquadra-se perfeitamente à pesquisa, já que esta pretende gerar uma discussão a partir da contraposição de ideias e de um raciocínio aplicado a diferentes casos concretos.

A pesquisa também abrange pesquisa bibliográfica de obras que tratem do tema em Direito do Trabalho, contratos em Direito Civil, direitos fundamentais e garantias constitucionais, com a finalidade de expandir os horizontes do leitor, baseando-se em autores que estejam inseridos no assunto abordado. Para isso será utilizada, também, a pesquisa documental.

Assim, o estudo será realizado com análise de documentos oficiais, documentos jurídicos, fontes estatísticas e publicações sobre casos concretos que envolveram os direitos colocados em questão. Por fim, será necessário fazer uso da pesquisa qualitativa, a qual possui caráter descritivo, para melhor interpretação dos fenômenos envolvidos.

O propósito será demonstrar para o leitor a relação entre o contexto social e o objeto de estudo, buscando perceber a individualidade de cada caso concreto e a importância da prática da ponderação para solução conflitos.

A pesquisa tem como objetivo fazer uma análise das novas influências da tecnologia no âmbito do trabalho, assim como averiguar os direitos envolvidos na fase pré-contratual trabalhista no intuito de buscar uma harmonia entre as partes nessa fase para evitar futuros conflitos. Finalmente, pretende-se traçar limites que poderão servir como parâmetro para ponderar direitos fundamentais diante das exigências em relação à postura ou “perfil” do candidato na seleção e contratação.

1 REDES SOCIAIS E REPERCUSSÕES NAS CONTRATAÇÕES TRABALHISTAS

1. 1 INFLUÊNCIAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO MUNDO DO TRABALHO

Desde que foi popularizada, a internet tornou-se um dos meios de comunicação e informação mais importantes na vida em sociedade. Isso porque rapidamente se inseriu no cotidiano das pessoas, fazendo parte do trabalho, da vida acadêmica, da vida social e em outros âmbitos de igual importância. Inclusive, tem se tornado um fenômeno social de tamanha relevância, que suas repercussões já são perceptíveis no Direito, como por exemplo, no Direito Penal ou no Direito do consumidor e até mesmo em debates jurídicos cuja discussão trata acerca da possibilidade de a internet ser um direito fundamental.

Falar da internet como fenômeno social é também falar das ferramentas que tornam esse ambiente cibernético uma “esfera pública”, um novo plano de relações sociais que modificou o plano tradicional de existência² e, assim como o tradicional, o novo plano reflete os mesmos problemas. É, por conseguinte, se atentar para as novas formas de comunicação e interação, quais sejam as redes sociais.

Entretanto, vale salientar que o uso e gozo das redes sociais apresenta vantagens e desvantagens. Assim, apesar de possibilitarem, além da comunicação instantânea, o compartilhamento de idéias, a interação entre indivíduos e de ser uma fonte ampla de informação, as redes sociais muitas vezes acarretam em exposição excessiva, falta de privacidade, divulgação de informações falsas e monitoramento imoderado.

Esse lado não vantajoso das redes sociais pode, inclusive, influenciar de forma negativa nas relações de trabalho. O monitoramento e a falta de privacidade podem ter como consequência uma fiscalização indesejada feita pelo empregador sobre a vida do empregado e criar motivos para a imposição de punições. Tais motivos podem variar dependendo do tipo de fiscalização feita pelo empregador e de

² HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**, 2007.

Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

publicação que o empregado faz nas suas redes sociais, que podem ser ruins para a imagem do contratado pela empresa ou até mesmo provocar a difamação desta na internet.

Outro exemplo que está relacionado com âmbito do trabalho, desta vez na fase pré-contratual, em se tratando de uso das informações divulgadas em redes sociais pelos seus usuários, ocorre quando estas informações em forma de postagens nos perfis dessas redes sociais são utilizadas pelos empregadores como critério de seleção de interessados pelos empregos ofertados, antes da contratação. Tal situação é ainda mais complicada, pois, apesar de reconhecido o direito à liberdade de contratação para o empregador, abre espaço para que tal direito seja efetivado de forma completamente discriminatória.

Logo, ocorre a criação de uma problemática que se expande para o âmbito social, pois

[...] 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 aceitação³.

Durante a utilização da rede social, o indivíduo tem uma tendência maior a expor sua vida privada. É comum entre os usuários de tais redes estarem sempre postando sobre os locais que frequentam, o que gostam comer, com quem andam, o que estão fazendo no momento da postagem, entre outros assuntos. Logo, pode-se dizer que “[...] estes usuários consciente ou inconscientemente demonstram suas características pessoais e psicológicas, sua personalidade, seus preconceitos e suas opiniões a respeito dos mais diversos assuntos discutidos pela sociedade”⁴.

Em contrapartida, temos um crescimento cada vez mais notável do recrutamento *online* realizado pelas empresas, tanto pela facilidade de acesso à informação e ao

³ TOMASI, Pricila Dalmolin. LINHARES, Thiago Tavares. **A discriminação através da internet na fase pré-contratual trabalhista e o ônus da prova**, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁴ ALMERI, Tatiana Martins; MARTINS, Karina Ramos; PAULA, Diego da Silva Paiva de. **O uso das redes sociais virtuais nos processos de recrutamento e seleção**, 2013. Disponível em: <<http://fatea.br/seer/index.php/eccom/article/viewFile/635/453>> Acesso em: 25 ago. 2017.

candidato sem intermediação por terceiros, quanto pelo alcance de um número maior de candidatos interessados nas atividades da empresa.

Assim sendo, pode-se dizer que a exposição facilitada pelo uso das redes sociais pode se tornar o motivo principal de perda de oportunidades de trabalho quando o que é exibido pela página pessoal do usuário não condiz com o perfil de empregado desejado pelo empregador.

Por outro lado, tal realidade também pode desencadear práticas discriminatórias em relação aos candidatos. Neste caso, a conduta do empregador ou empresa empregadora fere os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de expressão além de poder repercutir de forma negativa na responsabilidade pré-contratual das empresas contratantes.

1. 2 REDES SOCIAIS E FASE PRÉ-CONTRATUAL

Comum no cotidiano das pessoas, as redes sociais geram reflexos na vida pessoal e profissional de cada indivíduo. A sociedade está cada dia mais “digital”, a internet é o meio de comunicação mais utilizado, e os perfis de redes sociais funcionam, conseqüentemente, como a nova célula de identidade. Isso, pois ali é um espaço no qual os indivíduos são livres para expressar suas características, suas crenças, sua posição política, os assuntos de seu interesse, entre outros.

Portanto, há nesses perfis um ambiente propício para a fiscalização e seleção de possíveis candidatos pelas agências de emprego, que pelo monitoramento traça os perfis dos aspirantes ao emprego pelo que é exposto nas redes, selecionando para recrutamento os que mais lhe interessarem.

Neste cenário, as relações pré-contratuais podem ser prejudicadas por um comportamento discriminatório gerado por parte das empresas contratantes. Isso caracteriza uma violação aos princípios da probidade e boa-fé inerentes à fase pré-contratual, assim como aos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade de expressão.

A priori, é mister esclarecer o tipo de discriminação que pode estar camuflada nesse comportamento “fiscalizatório” das empresas em relação aos seus possíveis candidatos.

A discriminação perturba a sociedade desde seus primórdios, sendo motivo de conflitos constantes na humanidade. Tanto o é que o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos expressa, no sentido de proteção ao princípio da igualdade, qualquer discriminação ao ser humano em seus direitos.

Artigo 7. Todos são iguais perante a lei e têm 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 discriminação⁵.

Nesse mesmo sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de dispositivos que rechaçam a possibilidade de atos discriminatórios tanto no ambiente social quanto no profissional dos indivíduos, quais sejam

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:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

[...]

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;⁶

Por isso, é de suma importância entender como a discriminação influenciada pela utilização das novas tecnologias pode repercutir na fase pré-contratual, sendo um assunto, inclusive, de interesse internacional, visto que há regulamentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no sentido de esclarecer o instituto da discriminação

⁵ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

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 discriminação⁷.

No âmbito trabalhista podem-se visualizar comportamentos discriminatórios em várias situações, dentre as quais estão: a dispensa imotivada, que esconde a verdadeira razão discriminatória; a remuneração diferenciada para homens e mulheres; a atribuição de cargos melhores para pessoas que demonstram uma “boa aparência”, entre outras que colocam os empregados em situações vexatórias e até mesmo desumanas por divergirem de uma opinião, ou ter certa cor, ou ser de certo sexo.

São situações inaceitáveis que agora estão acontecendo, de forma ainda mais dissimulada, na fase pré-contratual também por causa da facilidade que os meios de comunicação e as redes sociais estão proporcionando às empresas para “estudarem” seus candidatos antes mesmo da contratação.

A fase pré-contratual é o momento em que as partes discutem e apontam seus interesses no sentido de chegar a uma proposta definitiva. Diz-se que nesta fase ainda não existe uma relação de obrigação entre as partes, pois ainda não há contrato.

⁷ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d62150.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

Desse modo, conforme os esclarecimentos de Gagliano e Pamplona Filho⁸ “[...] independentemente da imperfeição da norma positivada, o princípio da boa-fé objetiva também é aplicável a esta fase pré-contratual, notadamente os deveres acessórios de lealdade e confiança”. Ou seja, ainda que a fase pré-contratual não vincule as partes numa relação jurídica obrigacional, não se afasta aqui a responsabilidade civil (pré) contratual, tendo em vista que ainda assim alguns princípios devem ser respeitados e deve haver um comportamento de lealdade e confiança recíprocos que são exigidos das partes.

Em vista disso, conforme se desprende do art. 422 do Código Civil Brasileiro⁹ “[...] os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Nessa conjuntura, pode-se dizer que a responsabilidade civil contratual é estendida para a fase do pré-contrato, nas relações trabalhistas, no intuito de proteger o trabalhador hipossuficiente contra atos do empregador que possam frustrar suas expectativas de contratação, ainda mais se forem atos de discriminação.

Sobre o assunto, é importante trazer casos reais que esclareçam que o uso de dados pessoais referentes à esfera da vida privada do empregado tem se tornado prática comum entre os empregadores, e como isso está sendo feito.

1. 2. 1 Casos concretos de uso de informações retiradas das redes sociais como critério de seleção e de contratação de trabalhadores

A realidade pré-contratual facilitada pela internet e disseminada pelas empresas que buscam nessa facilidade atingir um número maior de candidatos para seleção e contratação de empregados já tem sido questão de casos concretos.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4:** contratos, tomo I: teoria geral. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 129.

⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.** Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 de nov. 2017.

Uma pesquisa feita pelo Instituto Ibero-Brasileiro de Relacionamento com o Cliente (IBRC), no ano de 2013, para a revista *Você S/A* demonstra que os empregadores estão, com mais frequência, observando o comportamento dos funcionários nas redes sociais, tanto para critério de contratação quanto para demissão¹⁰.

Dentre os índices apresentados pela pesquisa, as empresas dão um grau de importância maior para as informações acerca da opção religiosa, participação em torcida organizada e páginas curtidas no facebook em geral. Ou seja, é perceptível que há uma pré-análise do candidato baseada em informações de interesse das empresas.

A mesma pesquisa demonstra, nesses índices que a falta da educação em discussões, comentários pejorativos sobre as empresas e manifestações de preconceito são informações as quais se dão uma importância menor. O que acaba por promover um entendimento de que questões de ética social para os empregadores não são tão importantes quanto as questões íntimas, de escolha de vida e pessoal dos candidatos. Ou seja, parece que realmente há uma tendência à discriminação nos processos de seleção para contratação de empregados que utilizam as redes sociais como critério.

Outra indicação da repercussão que as redes sociais podem gerar na escolha de candidatos a uma vaga de emprego é a quantidade de textos, artigos em sites e blogs que ensinam como “se comportar” nas redes sociais de uma maneira atrativa para empresas empregadoras, como, por exemplo, o artigo intitulado “O uso das redes sociais virtuais nos processos de recrutamento e seleção” cujos autores fizeram uma pesquisa acerca do comportamento dos usuários nas redes virtuais baseada na visão que as empresas tinham desses comportamentos, e assim auxiliaram esses candidatos a “[...] traçar um perfil de comportamento adequado para estes ao usarem as redes sociais virtuais¹¹”.

¹⁰ GIARDINO, Andrea. As empresas olham tudo. **Você s/a**, edição 187, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ibrc.com.br/revista-voce-s.a/>> Acesso em: 28 out. 2017.

¹¹ ALMERI, Tatiana Martins; MARTINS, Karina Ramos; PAULA, Diego da Silva Paiva de. **O uso das redes sociais virtuais nos processos de recrutamento e seleção**. Disponível em: <<http://fatea.br/seer/index.php/eccom/article/viewFile/635/453>> Acesso em: 25 ago. 2017.

Sendo assim, um espaço que é da vida íntima do empregado acaba perdendo a liberdade que deveria existir no seu uso, em prol de uma vantagem em relação às oportunidades de emprego.

Porém, é verdade que nem sempre as empresas buscam por um mesmo perfil mais 'formal e ético' como esperado pela maioria. Alguns casos podem realmente surpreender essa expectativa.

É o caso da empresa Alezzia Móveis, que causou polêmica no ano de 2016, pela objetificação das mulheres no marketing da empresa. Na época a página da empresa no facebook (rede social) ficou cheia de comentários de pessoas que acusavam a empresa de machista e sem ética, enquanto as respostas da empresa eram sarcásticas e inesperadas. Acontece que a Alezzia fez questão de oferecer para contratar um estagiário que foi demitido por outra empresa por tecer comentários machistas e discriminatórios em seu perfil de rede social. Na sua própria página a empresa ainda afirmou que achou que foi dentro dos "limites das zoeiras normais¹²" a postura do estagiário.

O caso da Alezzia, apesar de não ser um caso de contratação de empregado, mas de um estagiário, é muito importante para demonstrar que nem sempre as empresas buscam pelo mesmo perfil, mas que há sim um particular interesse por certas características bem pessoais do candidato, que muitas vezes não tem relação com sua capacidade profissional.

Tendo em vista tanto a pesquisa realizada pelo IBRC quanto o caso Alezzia, é visível que existe sim um perfil buscado pelas empresas na seleção de candidatos, e que, muitas vezes, nada tem a ver com o profissionalismo, mas com questões pessoais que não deveriam servir de parâmetro por acabar gerando uma desigualdade em relação a outros candidatos e, possivelmente, discriminação.

¹² ALEZZIA contrata estagiário demitido por machismo. **Adnews**, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://adnews.com.br/social-media/alezzia-contrata-estagiario-demitido-por-machismo.html>>. Acesso em: 28 out. 2017.

Há uma diferença entre liberdade de contratação e atos discriminatórios na contratação. Apesar de poder contratar livremente, o empregador deve fazer a seleção de forma a manter a igualdade de concorrência entre os candidatos. Abrir um processo seletivo e rechaçar candidatos por suas opções religiosas, por exemplo, não serem bem vistas com a empresa, pode ensejar uma punição do empregador por discriminar esses candidatos.

Portanto, vê-se que a liberdade de contratação do empregador não pode, via de regra, inibir a liberdade de expressão do empregado com questão que foge do currículo e fazem parte exclusivamente da sua vida privada. São direitos fundamentais que, em certos casos, podem colidir e trazer à tona sua incompatibilidade.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: (IN)COMPATIBILIDADE

Em se tratando de tema que traz controvérsia de garantias, há uma necessidade de expor os direitos envolvidos, a incidência e a importância destes no assunto em questão.

2. 1 DIREITO FUNDAMENTAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em aspectos gerais direitos fundamentais são, nas palavras de José Afonso da Silva¹³, “[...] princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”. Assim sendo, como complementa Moraes¹⁴, “[...] no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”.

Mas a relevância dos direitos fundamentais se dá na necessidade de preservar o indivíduo enquanto ser humano, enquanto ser livre dotado de dignidade. Tanto que para a compreensão da criação dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma breve análise histórica.

A evolução de tais direitos se deu de acordo com as necessidades de cada período em que foram surgindo, ou seja, os direitos fundamentais, historicamente, foram criados pelo contexto social de cada época inspirados no que este almejava. Por isso costumam ser divididos em dimensões ou gerações.

Em ordem, vieram os direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles que “[...] marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, neste contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 180.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 02.

perspectiva de absenteísmo estatal¹⁵”, ou seja, eram direitos de âmbitos civis e políticos, com um caráter mais individual, que concretizavam o valor liberdade.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão vieram para concretizar o valor igualdade, logo, são reconhecidos como direitos sociais. Conforme explica Pedro Lenza, esses direitos surgiram quando a desigualdade social era gritante, com o enriquecimento da burguesia e miséria do proletariado,

[...] em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social¹⁶.

Com outro viés vieram os direitos fundamentais de terceira dimensão, que surgiram em meio a um período de desenvolvimento tecnológico e científico sendo, portanto, marcados por mudanças profundas na comunidade internacional que causaram alterações no cenário econômico-social¹⁷. Assim, os direitos dessa dimensão traduzem o valor de fraternidade, necessário em um contexto de preocupação coletiva com o meio ambiente e com o próprio ser humano, sendo esses direitos caracterizados como transindividuais, ou seja, que vão além do interesse individual.

Ainda há os direitos fundamentais de quarta geração, que surgiram após a globalização do neoliberalismo, encaminhados para uma globalização política e institucional. Segundo Bonavides¹⁸,

[...] são direitos da quarta geração o direito à democracia, à informação e o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Portanto, os direitos de quarta geração absorvem os direitos das outras dimensões para concretizar-se nas relações de convivência, no espaço social.

¹⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1056.

¹⁶ Ibid., p. 1057.

¹⁷ Ibid., p. 1057-1058.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 586.

Neste sentido, pode-se entender que a vinculação necessária destes direitos fundamentais aos valores históricos de liberdade e dignidade humana é que nos levará a aceção de universalidade inerente a esses mesmos direitos¹⁹.

Conforme o artigo 5º, §1º da Constituição Federal²⁰ as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata. Assim, compreende-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, como deve ser a aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre particulares.

Logo, para um melhor esclarecimento acerca da colisão de direitos fundamentais causada pela utilização das redes sociais como critério para seleção de candidatos, deve-se ter ciência de que, por requererem aplicação imediata, esses direitos passam por uma análise referente ao caso concreto para verificar a possibilidade de mitigação de um deles.

2. 1. 1 A liberdade de expressão como um direito fundamental

Dentre os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Brasileira, está a liberdade de expressão. Tal direito abrange variadas “espécies de liberdades” que se enquadram no “gênero” liberdade de expressão e podem ser verificados nos incisos do art. 5º, CF.

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;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 576.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
 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;
 [...]
 XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;²¹

Nos dispositivos do texto constitucional é perceptível que o conceito de liberdade de expressão, “[...] que envolve as mais variadas possibilidades de expressão humana”²² - quais sejam de pensamento, de crença, de expressão de atividade intelectual, dentre outras que merecem ser respeitadas sob a possibilidade de punição legal em caso de violação - dá-se de maneira genérica levando assim ao amparo constitucional “[...] as múltiplas manifestações de pensamentos, idéias, ou opiniões, levadas a efeito nos diversos campos da vida humana”²³.

Tem-se, portanto, que a liberdade de expressão é diretamente relacionada com a subjetividade humana, por isso merece tamanha proteção, não pode ser limitada por parâmetros ditados por uma maioria social. Devido ao seu caráter abrangente, a noção de liberdade de expressão e o uso que se faz dela são variáveis de grupo para grupo, de indivíduo para indivíduo. Fazendo-se necessário um trabalho constante entre a ponderação e a tolerância, na relação dos juízos de valores, para uma maior compreensão de sua amplitude.

Consequentemente se retira da Carta Magna a interpretação de que todo indivíduo tem o direito de exercer suas liberdades respaldadas constitucionalmente sem, por isso, sofrer qualquer tipo de opressão ou discriminação por parte da sociedade. Caso contrário, trata-se de comportamento que sofrerá punição legal por violar direito fundamental inerente à pessoa.

Trazendo para o tema abordado, a liberdade de expressão não só representará um direito de expor o livre pensamento e de manifestar crenças e escolhas, mas também o direito de ter a vida pessoal desconectada da vida profissional, já que são

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

²² FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

²³ Ibid., p. 153.

duas esferas de interação que demandam diferentes comportamentos e não podem ser confundidas.

Aqui, a liberdade está diretamente relacionada com a dignidade humana e com o direito de desconexão do trabalho inerente a qualquer empregado e que funciona como o ato de se “desligar” do trabalho, deixando que todos os problemas e exigências da esfera profissional fiquem nos limites desta, e não sem expandam de forma a atingir a privacidade do empregado.

2. 2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO X LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO: COMO COMPATIBILIZA?

O contrato é um vínculo jurídico de dois ou mais indivíduos formado por meio de atos de vontade em que cada um deles tem sua parte em responsabilidade e todos devem exercer a boa-fé e prezar pelo equilíbrio do mesmo.

Nas palavras de Maria Helena Diniz “[...] contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial²⁴”.

Ainda no sentido de zelar pela boa-fé contratual, aduz Orlando Gomes que “[...] contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam²⁵”.

No Direito Civil, os contratos são regidos por normas que são interpretadas à luz dos princípios constitucionais. Neste sentido, pode-se inferir que a liberdade de contratação está limitada ao interesse público, por exemplo. Isso é notório, se levado em consideração que contratos não são criados e extintos ao bel prazer de um dos contratantes. O Código Civil regulamenta a matéria no sentido de fazer prevalecer o

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

²⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

equilíbrio e a vontade das partes envolvidas. Portanto, mesmo a liberdade contratual é relativizada em prol do interesse social.

Dentro do Direito do Trabalho, ainda, verifica-se uma necessidade maior quanto à relativização da liberdade contratual, já que se trata de um contrato que já nasce com a existência de um desequilíbrio entre as partes. É evidente que o empregado, regra geral, está em uma situação menos favorecida em relação ao empregador.

A dificuldade, porém, está em trazer essa relativização da liberdade contratual para a fase pré-contratual, já que aqui não existe ainda o contrato, mas há a expectativa de ser contratado.

Fica ainda mais difícil enxergar uma possível imposição quando a fase em questão é a seleção para contratação tendo em vista a postura demonstrada pelos possíveis candidatos. Afinal, há uma sensação de que não há problema em verificar nas redes sociais como o candidato se expõe para parâmetros de escolha.

Entretanto, se, como já citado anteriormente, por um lado os indivíduos são dotados de liberdade, há uma garantia constitucional à livre expressão de suas crenças, escolhas e vontades, as quais devem ser respeitadas sob pena de punição legal e as normas estão para evitar qualquer tipo de atitude discriminatória contra os indivíduos.

Por outro lado, há uma defesa da liberdade contratual, ou seja, que é de mera liberalidade do empregador na contratação de empregados, inclusive para buscar perfis compatíveis com os desejados pelas empresas. O que dificulta a análise acerca da compatibilidade do uso de redes sociais como critério para seleção e contratação de empregados é a linha tênue que existe entre a busca de um “perfil” por uma empresa e a discriminação em relação aos candidatos.

Portanto, é notória a existência de uma colisão de direitos fundamentais fazendo-se necessária uma abordagem sobre o assunto.

Em um Estado Democrático de Direito, é muito comum que direitos e garantias fundamentais acabem colidindo. Isso porque as normas constitucionais típicas desses Estados tendem a ser contraditórias, visto que refletem uma diversidade ideológica, assim elas frequentemente, quando aplicadas na prática, entram em “rota de colisão”²⁶.

Nas palavras de Edilson Pereira de Farias²⁷,

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia enunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta, então, que é frequente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão ou conflito de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o direito fundamental à liberdade de contratação e o direito fundamental à liberdade de expressão colidem. Sendo assim, a seleção e contratação de empregados que utiliza como critério as condutas extralaborais nas redes sociais pode motivar a existência de uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, ou seja, “[...] quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”²⁸.

Ocorrendo a colisão de direitos faz-se indispensável uma resolução adequada na qual os direitos fundamentais serão relativizados e, pela utilização da técnica da ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, se optará pelo sacrifício mínimo dos direitos envolvidos.

Primeiramente, é importante frisar que conflitos assim tem como consequência a constrição de um direito em prol do outro, pode, inclusive, resultar numa restrição total de um dos direitos colidentes. Isso, porque os direitos fundamentais, apesar de

²⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 360.

²⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 116.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992, p. 1191.

garantidos pela Constituição não são absolutos, pelo contrário, um direito fundamental de alguém se limita no direito fundamental de outrem. Contudo, tais direitos só precisam ser relativizados em casos excepcionais, como o caso de colisão retratado.

A ponderação é a “[...] técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”, conforme ensina Ana Paula de Barcellos²⁹.

Portanto, pode-se dizer que a ponderação é a técnica utilizada pelos juristas na tentativa de harmonizar ou sopesar direitos que estão em conflito, almejando, nesses casos, uma decisão na qual os direitos envolvidos não sofrerão uma restrição maior.

Diante disso, existem duas formas de se fazer uso da técnica. A primeira é conhecida como harmonização ou concordância prática, trata-se de uma tentativa de conciliação dos direitos envolvidos de forma que ambos sejam preservados na medida do possível. Assim, deve ser a primeira tentativa do jurista fazer com que haja essa associação dos direitos fundamentais contraditórios objetivando encerrar o conflito existente de forma harmônica, se isso for possível, aplica-se a concordância prática.

Porém, caso essa concordância entre os direitos conflitantes seja inviável, faz-se necessária a aplicação do sopesamento de valores, que é a segunda forma de se utilizar a técnica da ponderação, também chamada de ponderação propriamente dita, nesse caso diante de dois direitos fundamentais colidentes um prevalecerá em prol do outro, ou seja, necessariamente um dos direitos em questão será sacrificado em prol do outro que será considerado “de maior valor”.

Na ponderação propriamente dita, é claro, a decisão vinda da colisão de direitos exige, em regra, uma fundamentação complexa que deve ser feita com muito

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

cuidado, pois aqui o grande problema da ponderação é que inevitavelmente uma norma constitucional será parcialmente ou totalmente descumprida³⁰.

É importante ressaltar, como explica Marmelstein³¹

[...] que essa hierarquia axiológica entre os direitos fundamentais não pode, em regra, ser determinada abstratamente pelo jurista. Tirando as situações bem extremadas (por exemplo, direito à vida versus direito ao lazer), é muito difícil estabelecer, de antemão, qual o direito fundamental mais importante. Não se pode dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão vale menos do que o direito e intimidade ou vice-versa. Essa hierarquia será estabelecida sempre à luz do caso concreto, ou seja, serão as peculiares circunstâncias de cada caso que fornecerão as bases argumentativas para descobrir qual direito fundamental é, naquele caso concreto, mais importante do que o outro, através de um exercício de ponderação.

Em outras palavras, apesar de não se falar da existência de uma hierarquia dos direitos fundamentais, já que, pelo princípio da unidade constitucional, todos estão no mesmo plano, não há como negar que, a depender do caso concreto, um dos direitos colidentes vai se apresentar mais importante que o outro. Por isso, que Marmelstein cita uma hierarquia axiológica dos direitos fundamentais, ou seja, que dentro de cada caso concreto serão dados valores diferentes para os direitos envolvidos.

Nesse cenário de ponderação e atribuição de valores aos direitos fundamentais, é imprescindível fazer um estudo acerca do princípio da proporcionalidade, que é o instrumento do qual se vale a técnica da ponderação de direitos.

O princípio da proporcionalidade ocupa um importante papel na aferição da extensão e dos limites de direitos fundamentais. Assim, conforme afirma Guerra Filho³², “[...] a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”.

³⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 385.

³¹ Ibid., p. 387.

³² FILHO, Willis Santiago Guerra. **A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito**. In: Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

Para Virgílio Afonso da Silva³³, “[...] o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”. É por isso que Marmelstein³⁴ relembra que este princípio é chamado de “limite dos limites”.

Esse princípio é subdividido em três dimensões, que devem estar presentes em qualquer decisão que limite um direito fundamental, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Sendo assim, se faz mister uma breve explicação sobre cada uma dessas dimensões do princípio da proporcionalidade. A adequação funciona como uma exigência de que o meio utilizado para chegar a determinado fim seja apropriado, em outras palavras a decisão deve ser apta a alcançar o melhor resultado. Enquanto a necessidade trata-se de uma limitação para evitar excessos, ou seja, requer que a decisão seja tomada na medida da necessidade, que deve ser a menos prejudicial possível.

A proporcionalidade em sentido estrito é o próprio instituto da ponderação, o qual levará em consideração as vantagens e desvantagens da decisão. Conforme Marmelstein³⁵,

[...] é necessário realizar um exercício de balanceamento ou de ponderação, através da qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em argumentação coerente, consistente e convincente.

O uso da ponderação como ferramenta junto com a aplicação do princípio da proporcionalidade tem a pretensão de buscar a harmonia entre os direitos em colisão, ou mesmo a medida necessária de cada direito, no caso concreto, para que estes sejam compatíveis evitando que um tenha que perecer em prol do outro.

Portanto, parece viável uma compatibilidade entre a liberdade de expressão e a liberdade de contratação, mesmo que o critério seja baseado nas informações

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

³⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 366.

³⁵ Ibid., p. 376.

dispostas em redes sociais dos empregados. Isso porque os direitos podem ser utilizados em medidas que não violem um aos outros. Faz-se necessário, então, uma verificação sobre o que pode haver de conteúdo nas redes sociais dos candidatos e sobre a limitação para utilização desse conteúdo como critério de seleção e contratação.

3 CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO UTILIZADO NA SELEÇÃO E NA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS

Como abordado durante o estudo apresentado, a conduta cada vez mais comum de empresas que fazem uso das informações expostas nas redes sociais para selecionar e contratar os candidatos a empregados pode ser consequência tanto de uma busca por um perfil desejado para os padrões da empresa, estando dentro da liberdade de contratação; quanto de uma atuação discriminatória por parte dos empregadores que deixam de contratar indivíduos que se encaixam no perfil desejado por alguma questão ligada diretamente a liberdade de expressão e vida privada do candidato que o empregador não tolera.

Dessa forma, é de elevada importância esclarecer acerca das condutas extralaborais, se avaliadas dentro de um critério de seleção, quais estão diretamente ligadas ao âmbito profissional, e quais fazem parte da liberdade individual do candidato, que não podem ser utilizadas como critério por acabar ferindo direitos. Ainda, vale ressaltar acerca da possibilidade de compatibilidade de direitos fundamentais do empregado e do empregador e trazer para o estudo o posicionamento da jurisprudência brasileira nessa questão.

3.1 CONDUTAS EXTRALABORAIS: CONTEÚDO

Os direitos fundamentais do trabalhador gozam de proteção constitucional, sendo de grande relevância a garantia do exercício pleno destes. Porém, esses direitos não são absolutos, ou seja, não desfrutam de uma proteção ilimitada. Pois os empregadores também possuem direitos fundamentais, que devem ser conciliados aos dos empregados para que a relação de trabalho seja equilibrada.

Ao tratar seus empregados ou candidatos ao emprego, os empregadores devem atender às normas constitucionais e a legislação trabalhista reconhecendo que o

trabalhador é também uma pessoa dotada de direitos e garantias, e, entre estes, liberdades.

Portanto, temos que condutas extralaborais são aquelas praticadas fora do horário de trabalho, concernente à vida privada do indivíduo, que em regra não pode ser controlado ou fiscalizado pelo empregador por não ter relação com o trabalho.

Conseqüentemente, as publicações realizadas em redes sociais, quando não prejudicarem o nome do empregador ou da empresa, estão fora do âmbito de regulamentação pelo emprego. Em outras palavras, o que é referente apenas à vida privada e intimidade do indivíduo não pode sofrer uma interferência da esfera profissional porque não tem relação alguma com a mesma.

As redes sociais são um espaço para o empregado ou candidato exercer liberdade pessoal, direito fundamental que “[...] 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 Web³⁶”.

Nesse sentido, o empregador não pode fazer uso das redes sociais como critério de seleção se for analisar os perfis com desprezo por aqueles indivíduos que possuem uma ideologia diferente. Em outras palavras, as publicações em redes sociais referentes à vida privada do candidato não podem motivar sua não contratação para o emprego, senão passará a ser prática discriminatória.

3. 2 CONDUTAS EXTRALABORAIS NAS REDES SOCIAIS COMO CRITÉRIO DE SELEÇÃO E CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR

A procura de candidatos para preencher uma vaga de emprego, tem exigido do empregador maior diversificação dos métodos de seleção para se atingir o público desejado. A utilização da internet e dos meios digitais para propagar a proposta de

³⁶ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. SILVA, Bibiane Machado da. **Acesso às redes sociais como critério de admissão:** uma análise sob a perspectiva constitucional, em defesa do direito fundamental dos trabalhadores. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-2.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

emprego tem sido amplamente utilizada por obter uma resposta mais rápida e de menor custo.

Com o mundo mais digital, cabe às empresas atualizar suas ferramentas para alcançar o máximo de candidatos possíveis, e as novas tecnologias são aliadas perfeitas para este fim.

Por conta dessas mesmas tecnologias, também a vida social tem se tornado mais acessível, a quantidade de programas e softwares destinados à interação e comunicação tem aumentado, as redes sociais têm sido largamente utilizadas pela sociedade, sendo parte do cotidiano das pessoas a exposição da vida nessas redes.

Nessa realidade, fica difícil não assimilar a vida laboral com a vida privada do empregado. Os limites entre essas duas esferas da vida tornam-se quase invisíveis, e práticas como a utilização das informações divulgadas em redes sociais para selecionar candidatos à vaga de emprego tornam-se prática comum do empresariado.

Ao utilizar essas informações disponibilizadas pelo candidato o empregador deve ser bastante criterioso a fim de só se limitar ao referente à aptidão do candidato para o emprego, pois qualquer dado que seja apenas da vida privada ou referente às escolhas pessoais do mesmo não tem motivos para ser critério de seleção para emprego, podendo configurar discriminação e ensejar reparação judicial.

Em contrapartida, há o direito à liberdade de contratação do empregador, que permite que este conceda o emprego para o candidato que mais lhe interessar. Para fazer essa escolha é comum que o empregador faça uma pesquisa prévia acerca dos candidatos. Entretanto, não parece correta a conduta daquele empregador que “[...] se lança na investigação de aspectos não relacionados a aptidão do trabalhador para realizar as tarefas relacionadas ao cargo que irá ocupar, que pode violar a

intimidade e a vida privada, presunção de inocência, etc.³⁷”, na ânsia de efetivar o seu direito de liberdade de contratação.

Porém, a falta de legislação específica para o tema dificulta uma orientação mais objetiva acerca da utilização das informações virtuais por empregadores. Uma alternativa viável é trazer para a questão institutos do direito civil, utilizados na fase pré-contratual, assim como garantias constitucionais que incentivem o uso da ética e do respeito às liberdades individuais do próximo.

Para casos que envolverem direitos conflitantes, o uso da ponderação mostra-se o meio mais eficaz de solução, como já mencionado. Já para os casos em que se deseja evitar futuras reparações por discriminação na seleção de empregados, faz-se necessário uma análise prévia acerca dos direitos e institutos relacionados ao tema.

Nesse diapasão, é interessante examinar os limites ao uso das condutas extralaborais nas redes sociais como critério de seleção e contratação de empregados, assim como a relação com a responsabilidade pré-contratual e as possíveis indenizações por danos na fase da pré-contratação.

3. 2. 1 Limites da utilização

Em se tratando da necessidade de averiguar antecipadamente o perfil do candidato, Alice Monteiro de Barros³⁸ já ensinava

[...] investigação prévia, qualquer que seja o critério adotado, deve, em princípio, restringir-se a avaliar a aptidão do candidato para realizar as funções alusivas ao cargo que irá ocupar. Logo, a exploração psicológica deverá ater-se às qualidades pessoais consideradas essenciais ao exercício da função, sob pena de violação do direito à intimidade do indivíduo.

Em outra perspectiva, Sandra Lia Simon³⁹ deixa o entendimento que

³⁷ HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. **Práticas abusivas durante o processo de seleção e contratação de empregados**. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=6598> Acesso em: 29 out. 2017.

³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 68.

[...] quaisquer que sejam os métodos adotados, deve-se verificar sua aceitação ética e limitar a avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções. Informações sobre a esfera da vida privada do empregado só se permitem excepcionalmente, quando apresentam relevância para a execução das funções que serão executadas, em nome da liberdade de contratação conferida ao empregador.

Isto posto, verifica-se que mesmo preocupado com a contratação de candidatos, não pode o empregador abusar nos procedimentos de seleção utilizando como escudo o direito de liberdade de contratação que, como já mencionado, não é absoluto e não pode violar direitos alheios.

Do mesmo modo, quando necessário para a execução das funções do cargo proposto, excepcionalmente, as informações sobre a vida privada do candidato podem ser utilizadas como critério de contratação.

Conseqüentemente desprende-se que o uso dos perfis em redes sociais como critério para seleção e contratação de empregados só é plausível quando se faz uso das informações concernentes à aptidão para realizar as funções exigidas pelo cargo, sendo que a esfera privada do candidato só pode ser considerada em casos excepcionais que tenham fundamentação. Caso contrário, pode resultar em violação aos direitos de privacidade e liberdade dos candidatos ou revestir-se de prática discriminatória.

Logo, deve ser evitada a utilização desses perfis como critério, já que grande parte das postagens tem a ver com a esfera particular do candidato, não profissional. Ou, por outro lado, fazer uso de redes sociais específicas que tem a finalidade de expor o profissionalismo do candidato.

É o caso da rede social “Linkedin” cuja finalidade é a interação de usuários que buscam exibir e promover seus perfis profissionais, garantindo contato com empresas do mundo inteiro e possíveis interesses em contratação. Como a rede social tem esse aspecto mais profissional, é uma boa escolha para ser analisada

³⁹ SIMON, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado.** São Paulo: LTr, 2000, p. 130.

pelas empresas. Já que outras como “Facebook” e “Twitter” que tem uma finalidade mais informal de interação social e exposição da vida privada.

A questão da limitação do uso de informações para a seleção de candidatos não deixa de ser a mesma, com ou sem uso das redes sociais, que é o uso de dados referentes à capacidade profissional do indivíduo. O empregador deve se limitar ao uso desses dados e evitar adentrar a esfera pessoal do candidato, do mesmo modo que deve evitar perguntas sobre questões religiosas, sexuais e políticas numa entrevista, por exemplo, evita-se fazer o mesmo na análise dos perfis na internet. Desviando-se, assim, de métodos de seleção abusivos.

3. 2. 2 Responsabilidade pré-contratual e o dever de indenizar os danos causados

O Direito do Trabalho, apesar de ser disciplina autônoma dentro do Direito, complementa-se com o Direito Civil e o Direito Processual Civil, em aspectos legislativos, como por exemplo, em casos de lacunas, em que falta previsão sobre determinada matéria na CLT e busca-se na legislação civil o suprimento.

O contrato trabalhista, nesse viés, retira sua regulamentação do Direito Civil, respeitando sempre os princípios e normas do Direito do Trabalho, conforme disposição do art. 8º, parágrafo único da CLT⁴⁰.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 02.nov.2017.

Sendo assim, o contrato de trabalho se desenvolve em etapas, quais sejam a pré-contratual, a contratual e a pós-contratual. A primeira delas, foco desta pesquisa, se inicia logo no primeiro contato entre as partes do contrato e nela são feitas as negociações que formarão o contrato posteriormente.

Portanto, nesta fase já existe o fato jurídico, decorrente das negociações entre as partes que formam uma relação jurídica. Nas palavras de Chaves⁴¹,

[...] as negociações, uma vez iniciadas, já compõe um fato, tendo um valor jurídico, embora não decisivo, constituindo uma manifestação concreta e definitiva, como seria o caso de uma declaração de vontade propriamente dita, mas não apresentado menos uma relação de caráter jurídico existente e estabelecida entre as partes, de tal modo que é impossível, numa forma e numa medida a serem determinadas, o direito não leve em consideração as relações principiadas. Elas já entraram no seu domínio, não são fatos que lhe sejam indiferentes e estranhos.

As tratativas de um contrato, assim, são realizadas por ato de vontade das partes, numa fase de procedimentos e negociações recíprocas que estabelecem as condições nas quais se formará o contrato, o que conseqüentemente gera uma relação jurídica entre os envolvidos, independente da existência do contrato em si.

Como é uma relação jurídica, compete ao Direito regulamentar também as tratativas pré-contratuais, trazendo para essa fase os direitos e deveres semelhantes aos existentes na fase contratual, quais sejam a responsabilidade civil e a boa-fé, por exemplo.

Neste contexto, dentro das negociações que formam a fase pré-contratual de um contrato de trabalho estão a divulgação da vaga de emprego, a convocação para o processo seletivo e mesmo o processo seletivo em si, visto que ainda não existe um contrato, mas uma proposta e uma expectativa positiva acerca da contratação.

Por nesse momento ainda existir apenas uma pequena expectativa de contratação, pois o candidato à vaga de emprego deve ter em mente que existem outros candidatos que podem ter um perfil mais adequado ao exigido pela empresa, ou que

⁴¹ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade Pré- Contratual**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p.144.

até mesmo superam as exigências, é comum que as partes não reconheçam nenhum tipo de obrigação recíproca.

A propósito, antes mesmo não era reconhecida pelo Direito do Trabalho a fase pré-contratual e suas respectivas consequências na ceara trabalhista. Os conflitos eram decididos na Justiça Comum, ficando restrito ao âmbito civil.

Porém, com o tempo foi sendo reconhecida a existência dessa fase pré-contratual trabalhista, que compete à Justiça do Trabalho, baseada na Constituição e na própria CLT, que preveem proteções aos direitos fundamentais dos candidatos a vaga de emprego, visando, a priori, evitar discriminação em processos seletivos.

Neste cenário, a jurisprudência vem decidindo que cabe direito à reparação por danos morais em processos seletivos cujas exigências demonstram teor discriminatório ou vexatório para a escolha de candidatos. Portanto, o Ministério Público do Trabalho tem demonstrado estar alerta em relação aos processos seletivos de empresas, com o objetivo de coibir práticas discriminatórias, como por exemplo, exigir do candidato informações sobre religião, opção sexual, existência de ação trabalhista em seu nome, entre outras.

Assim, a reparação por dano moral tem sido aplicada nas decisões com o intuito não só de reparar os candidatos que tiveram seus direitos fundamentais feridos, mas também possuem caráter pedagógico para punir as empresas por práticas discriminatórias e evitar que se repita.

Neste sentido, O Tribunal Superior do Trabalho, decidiu no recurso de revista nº 130041-10.2014.5.13.0024⁴², que em se tratando de exigência de apresentação de antecedentes criminais na fase pré-contratual é caracterizada a violação à dignidade humana e ao princípio de não discriminação das relações trabalhistas.

⁴² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 130041-10.2014.5.13.0024**, da 2ª Turma, Recorrente: Fábio Morais da Silva. Recorrida: Alpargatas S.A. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Brasília, DF, 15 abr. 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184865335/recurso-de-revista-rr-1300411020145130024/inteiro-teor-184865362?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

No caso retratado, verificou-se a existência de conflito entre princípios constitucionais contrapostos, já que da parte da empregadora existia a liberdade de contratação e a vontade de proteger seu patrimônio, e, por outro lado, o direito do candidato ao emprego de privacidade e intimidade.

Assim, houve necessidade de se aplicar a técnica da ponderação em conjunto com o princípio da proporcionalidade. Entendeu-se que a exigência de apresentação de antecedentes criminais no ato da contratação extrapolava os limites inerentes ao poder diretivo do empregador, pois restringia de forma desnecessária a privacidade do candidato.

Existem outros meios menos gravosos de se proteger o patrimônio. A conduta do empregador no caso foi extremamente desproporcional e abusiva, além de que também foi alegado afronta ao princípio da não discriminação nas relações de trabalho, da proteção à intimidade e da presunção de inocência.

Ainda foi colocado em questão que, pela função para a qual seria contratado o reclamante (candidato), não teria necessidade excepcional da exigência feita pela empregadora e nem se enquadrava em hipótese legal.

Outra consideração que merece destaque é o disposto no artigo primeiro da Lei 9.029/95, vedando a utilização de práticas discriminatórias para efeito de acesso à relação de emprego, que pode ser aplicada analogicamente ao caso. Por fim, se entendeu que a sentença que condenou a empregadora a indenizar a reclamante era devida, pela conduta discriminatória e abusiva na fase pré-contratual.

Semelhante a essa é a decisão do Recurso Ordinário nº 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146⁴³, no qual a sétima turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região considerou devida a indenização por danos morais ao

⁴³ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário nº 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146**, da sétima turma, Recorrente: Josemar Gomes da Silva. Recorridos: Condomínio de produtores rurais Délio Nunes Rocha e outros. Relator: Fernando Luiz G. Rios Neto. Belo Horizonte, MG, 09 jul. 2015. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221585497/recurso-ordinario-trabalhista-ro-804201414603001-0000804-2120145030146/inteiro-teor-221585507?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

reclamante que provou não ter conseguido o emprego por estar em uma "lista negra" mantida pelos reclamados.

Dentre as razões destacadas para apreciação do caso estavam os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva que são "[...] lealdade, probidade, honestidade, respeito, informação, segurança, os quais devem ser observados tanto na fase pós, como na pré-contratual⁴⁴", que são anexos ao contrato de trabalho, conforme fundamentação do Des. Relator Fernando Luiz G. Rios Neto.

O descumprimento de um desses deveres incorre em violação positiva do contrato de trabalho, que enseja o direito à indenização pela parte que teve seus direitos violados. No caso, é evidente que a formação de listas negras, as quais contêm nomes de trabalhadores que já ajuizaram ação trabalhista, é conduta discriminatória quando usada para critérios de contratação, violando tanto os deveres anexos ao contrato de trabalho como a dignidade do trabalhador.

Existente dentro do direito essa possibilidade de reparação cabe, ainda, ressaltar que envolvendo a fiscalização de redes sociais a produção de provas seja dificultada por não ser tratar de meios "materiais" de comprovação. Contudo, analisando-se o art. 22 da Lei 12.965/2014⁴⁵, percebe-se que existem meios para tais obstáculos.

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;

⁴⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário nº 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146**, da sétima turma, Recorrente: Josemar Gomes da Silva. Recorridos: Condomínio de produtores rurais Délio Nunes Rocha e outros. Relator: Fernando Luiz G. Rios Neto. Belo Horizonte, MG, 09 jul. 2015. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221585497/recurso-ordinario-trabalhista-ro-804201414603001-0000804-2120145030146/inteiro-teor-221585507?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁴⁵ BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Outro meio pelo qual a dificuldade de produção de prova pelo empregado que sofreu o dano pode ser afastada é utilizar a inversão do ônus da prova, assim caberá ao empregador provar que não houve, no momento da seleção de candidatos, uso de meios que violassem a privacidade e as liberdades dos candidatos.

Ademais, como citam Tomasi e Linhares⁴⁶

[...] a inversão ao ônus da prova se revela necessária dentro de um entendimento que ainda permite aos tomadores de 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.

Portanto, resta claro que, apesar da falta de legislação referente ao tema, existem caminhos a serem trilhados pelo Direito para a obtenção da tutela judicial quando o candidato sentir que sua privacidade foi violada na fase pré-contratual.

Sendo assim, com base no que foi demonstrado, ao fazer uso das redes sociais ou outros meios que possam invadir a esfera da vida privada dos candidatos ou, ainda, ferir a liberdade de expressão dos mesmos ao fiscalizar acerca de dados que não são referentes à esfera profissional, os empregadores devem ter muito cuidado na seleção de pessoal para que não pratiquem condutas abusivas que tenham que vir a reparar futuramente.

⁴⁶ TOMASI, Pricila Dalmolin. LINHARES, Thiago Tavares. **A discriminação através da internet na fase pré-contratual trabalhista e o ônus da prova.** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A influência das novas tecnologias no mundo do trabalho exige do empregador um aperfeiçoamento das técnicas de seleção e contratação para que se alcance o maior número de candidatos possíveis com o maior custo-benefício. Nesse sentido, percebe-se um grande número de empresas aderindo aos meios cibernéticos de seleção.

No mesmo espaço, portanto, encontram-se as redes sociais de interação e comunicação, que tem uma finalidade totalmente diferente de um perfil profissional, ou currículo digital. Nessas redes, os candidatos demonstram suas vidas privadas, não sendo, portanto, um bom mecanismo para funcionar como critério, já que o que o empregador deve buscar é a aptidão do candidato para realizar as funções do cargo.

Porém, é muito comum que, por ser uma alternativa à entrevista de emprego, por exemplo, o empregador utilize as postagens das redes sociais para serem avaliadas na seleção. É essa utilização inadequada das informações que pode estar mascarando condutas discriminatórias.

Nesse sentido, questiona-se se esse comportamento patronal está dentro da liberdade de contratação ou se viola direitos fundamentais dos candidatos à vaga de emprego.

Em face do exposto, pode-se alegar que a avaliação das condutas extralaborais nas redes sociais como critério utilizado na seleção e contratação de empregados é um tema polêmico que abre espaço para várias linhas de argumentação.

Como ficou demonstrado nesse estudo, o grande problema de usar as redes sociais como critério está na colisão de direitos fundamentais envolvidos, quais sejam, de um lado a liberdade de expressão do empregado, e por vezes sua privacidade, e de outro a liberdade de contratação do empregador.

Do mesmo modo, verificou-se que, em primeiro instante, é muito importante buscar a compatibilização dos direitos colidentes, de forma a preservar ao máximo as partes envolvidas. Não sendo possível, o Direito dispõe de mecanismos para que com o sopesamento dos direitos fundamentais se busque uma solução que cause menos prejuízo, é a técnica da ponderação.

Tal técnica visa garantir, junto ao princípio da proporcionalidade, a harmonia dos direitos fundamentais colidentes restringindo cada um deles na medida necessária que cause menos danos no caso concreto. Utilizar a ponderação é fazer uma análise do conflito e das possíveis soluções pelas dimensões da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Somente após ser aprovada por essas fases da ponderação que uma solução pode ser considerada menos prejudicial e compatível com o caso concreto.

Como o tema ainda carece de legislação específica necessita de utilização dos institutos de outros ramos do direito para que se faça uma análise adequada de cada caso concreto. Nesse ínterim, a responsabilidade pré-contratual surge para cobrir os direitos das partes e lhe atribuir deveres que, se desrespeitados, cabe reparação judicial.

Assim, o estudo também demonstrou que a jurisprudência tende a decidir pela indenização de toda evidência de discriminação na fase pré-contratual. Por isso, é importante que os empregadores estejam cientes de que suas condutas podem ensejar reparação.

Por fim, entende-se que condutas extralaborais estão fora do âmbito de intervenção do empregador, por fazer parte da privacidade e liberdade de cada indivíduo. Sendo assim, é importante para o empregador que quiser utilizar uma rede social como critério de seleção limitar-se aos dados referentes à aptidão do candidato para exercer as funções que lhe serão cobradas. Caso contrário, poderá caracterizar a discriminação.

REFERÊNCIAS

ALEZZIA contrata estagiário demitido por machismo. **Adnews**, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://adnews.com.br/social-media/alezzia-contrata-estagiario-demitido-por-machismo.html>>. Acesso em: 28 out. 2017.

ALMERI, Tatiana Martins; MARTINS, Karina Ramos; PAULA, Diego da Silva Paiva de. **O uso das redes sociais virtuais nos processos de recrutamento e seleção**, 2013. Disponível em: <<http://fatea.br/seer/index.php/eecom/article/viewFile/635/453>> Acesso em: 25 ago. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 de nov. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 mai.1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 02 nov.2017.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d62150.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário nº 00804201414603001 0000804-21.2014.5.03.0146**, da sétima turma, Recorrente: Josemar Gomes da Silva. Recorridos: Condomínio de produtores rurais Délio Nunes Rocha e outros. Relator: Fernando Luiz G. Rios Neto. Belo Horizonte, MG, 09 jul. 2015. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221585497/recurso-ordinario-trabalhista-ro>>

804201414603001-0000804-2120145030146/inteiro-teor-221585507?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 130041-10.2014.5.13.0024**, da 2ª Turma, Recorrente: Fábio Morais da Silva. Recorrida: Alpargatas S.A. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Brasília, DF, 15 abr. 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/184865335/recurso-de-revista-rr-1300411020145130024/inteiro-teor-184865362?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade Pré- Contratual**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito**. In: Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos, tomo I: teoria geral**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIARDINO, Andrea. As empresas olham tudo. **Você s/a**, edição 187, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.ibrc.com.br/revista-voce-s.a/>> Acesso em: 28 out. 2017.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**, 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. **Práticas abusivas durante o processo de seleção e contratação de empregados**. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=6598> Acesso em: 29 out. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. SILVA, Bibiane Machado da. **Acesso às redes sociais como critério de admissão: uma análise sob a perspectiva constitucional, em defesa do direito fundamental dos trabalhadores**. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-2.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

TOMASI, Pricila Dalmolin. LINHARES, Thiago Tavares. **A discriminação através da internet na fase pré-contratual trabalhista e o ônus da prova**, 2015 Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2017

