

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

**A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO RECRUTAMENTO DE
EMPREGADOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**

LUIZA MITTMANN KRAUSE

Porto Alegre
2021

LUIZA MITTMANN KRAUSE

**A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO RECRUTAMENTO DE
EMPREGADOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dra. Sonilde Kugel Lazzarin

Porto Alegre
2021

LUIZA MITTMANN KRAUSE

**A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO RECRUTAMENTO DE
EMPREGADOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
NA FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Data de aprovação: 13 de maio de 2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. Dra. Sonilde Kugel Lazzarin (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Me. Rafael Chiari Caspar
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Me. Bóris Chechi de Assis

AGRADECIMENTOS

Na vida, para conquistar grandes objetivos e alçar altos voos, é sempre necessário uma base forte e uma rede de apoio. E eu, com toda a sorte do mundo, tive essas duas coisas. Nunca estive sozinha e sou muito grata a todos que sempre estiveram ao meu lado.

Minha base começou a ser construída desde pequena e dentro de casa com minha mãe professora, que me ensinou a ler e me fez ter gosto pelos estudos; com meu pai, que sempre me mostrou a importância da educação e nunca se furtou em me ajudar quando eu precisava; e com meu irmão, que é permanentemente a minha fonte de inspiração.

Para quem vê de longe, o presente trabalho se resume a mais uma formalidade para a obtenção do título de Bacharela em Direito; entretanto, ele é muito mais do que isso: é a realização de um sonho, não só meu, mas dos meus pais, que abdicaram de imensas coisas e nunca mediram esforços para me dar sempre a melhor educação. Me ver formada, não só numa universidade, mas na UFRGS, é a realização de um sonho deles também, oportunidade essa que eles não tiveram e que por isso sempre batalharam para que eu conseguisse usufruir desta honra. A vocês, todo o meu amor, gratidão, respeito e admiração.

Essencial também é reconhecer todo o apoio e incentivo que obtive da minha família em geral ao longo destes anos, em especial à minha madrinha do coração, Fernanda Barata Silva Brasil, razão pela qual ingressei no Direito e que foi e sempre vai ser meu espelho no campo jurídico.

Ainda, em que pese as naturais dificuldades de concluir mais essa etapa da vida, ter de enfrentar isso durante uma pandemia e isolamento social se mostrou extremamente mais árduo, pelo que também agradeço ao meu namorado, Matheus von Spitzenberger, por ter sido o meu pilar nesse momento. Nada disso seria possível sem ti. Obrigada por tanto. Sempre.

Agradeço também ao meu apoio, desde à época do colégio, Amanda Copstein, Raquel dos Santos, Vitória Bubols e Vera Dutra; aos meus presentes que a Universidade de Coimbra me deu, que mesmo de longe se fazem presentes todos os dias, Mayana Hernandez, Louise Hoffmeister, Eduarda Jornada, Ana Schipper e Natália Corrêa; à minha futura colega de profissão e melhor amiga, Paula Heringer, à minha luz na hora

do desespero, Victor Muguerza e Marina Blanguer e à minha maior incentivadora, Brenda Marry Souza de Castro, meu também muito obrigada. Eu amo vocês.

Por fim, agradeço àqueles que estiveram comigo no Castelinho durante os anos de graduação, compartilhando angústias e comemorando juntos cada conquista, Luiza Grando, Isabella dal Pizzol, Lorenzo Estivallet, Caio Corssac, Gregório Sliwka, Henrique Escobar, Maisson Marques e Pietro Migliavacca.

*“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”*

(Fernando Pessoa)

RESUMO

O presente trabalho aborda os fundamentos da discriminação pré-contratual, com enfoque na discriminação algorítmica no processo de recrutamento de empregados e as consequências legais desta prática discriminatória na seleção de trabalhadores quando realizada por inteligência artificial. Para realizar este estudo, primeiramente se analisou a relação de emprego, conceituando o contrato de trabalho e a fase pré-contratual, buscando estabelecer os limites do empregador nesta fase, apresentando as balizas presentes no ordenamento jurídico brasileiro ao poder de direção do empregador na seleção de empregados. Após, fizemos uma abordagem sobre a implementação de Inteligência Artificial no processo de recrutamento, conceituando a discriminação algorítmica e os riscos que esta pode causar nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Por fim, estudamos a incidência e aplicação da responsabilidade pré-contratual do Direito Civil na fase preparatória do contrato de trabalho, principalmente no que concerne ao dano moral, apresentando casos dos Tribunais do Trabalho em que a matéria já foi alvo de discussão, bem como comprovamos que é competente a Justiça do Trabalho para dirimir tais questões. Pudemos concluir, portanto, que a discriminação advinda da violação aos direitos da personalidade através da utilização de critérios pessoais do candidato a uma vaga de emprego se caracteriza como ato atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, que estão presentes e incidem desde a fase pré-contratual, ensejando, desta forma, o direito do empregado potencial a uma justa reparação por danos morais provocado pela conduta discriminatória, sob o amparo da responsabilidade contratual civil, ainda que a discriminação seja praticada por inteligência artificial, eis que esta somente reproduz preconceitos já existentes. Para a realização da presente pesquisa, adotamos o método indutivo, partindo-se de premissas colhidas na doutrina, legislação e jurisprudência e que posteriormente aplicamos à hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: Responsabilidade pré-contratual. Boa-fé. Danos morais. Discriminação algorítmica. *Software* de recrutamento.

ABSTRACT

This paper addresses the fundamentals of pre-contractual discrimination, focusing on the role of algorithmic discrimination in the process of employee recruitment as well as the legal consequences of this discriminatory practice in selecting workers when performed by artificial intelligence. To conduct this study, we first analyzed the employment relationship, conceptualizing the employment contract and the pre-contractual phase, seeking to establish the employer's limits in this phase, and presenting the limitations present in the Brazilian legal system to the employer's power of direction in selecting employees. After that, we approached the implementation of Artificial Intelligence in the recruitment process, conceptualizing algorithmic discrimination and the risks it can cause to the fundamental rights of workers. Finally, we studied the incidence and application of pre-contractual liability of Civil Law in the preparatory phase of the employment contract, especially concerning moral damage, presenting cases from the Labor Courts in which the matter has already been discussed, as well as proving that the Labor Courts have jurisdiction to settle such issues. We were able to conclude, therefore, that discrimination resulting from the violation of personality rights through the use of the job applicant's personal criteria is characterized as an act that violates the principles of human dignity and good faith, which are present and apply from the pre-contractual phase, thus giving rise to the potential employee's right to fair compensation for moral damages caused by discriminatory conduct, under the protection of civil contractual liability, even if the discrimination is practiced by artificial intelligence since this only reproduces prejudices that already exist. We adopted the inductive method to conduct this research, starting from premises collected from doctrine, legislation, and jurisprudence, which we later applied to the research hypothesis.

Keywords: Pre-contractual liability. Good faith. Moral damages. Algorithmic discrimination. Recruitment software.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho;

CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social;

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos;

EC - Emenda Constitucional;

IA - Inteligência Artificial;

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados;

MPT - Ministério Público do Trabalho;

OIT - Organização Internacional do Trabalho;

ONU - Organização das Nações Unidas;

STF - Supremo Tribunal Federal;

TST - Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A RELAÇÃO DE EMPREGO	13
2.1 Natureza jurídica.....	14
2.2. O Contrato Individual de Trabalho e a fase pré-contratual.....	16
2.3 Os limites do empregador na fase pré-contratual	21
2.4 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	26
3. AS NOVAS TECNOLOGIAS NOS PROCESSOS SELETIVOS	31
3.1 A Inteligência Artificial aplicada às seleções de trabalhadores	31
3.2 A discriminação em face dos processos automatizados.....	36
3.3 Riscos do processamento automatizado aos direitos fundamentais dos trabalhadores	45
4. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR.....	52
4.1. Responsabilidade civil pré-contratual	52
4.2. O Dano moral nas relações laborais.....	57
4.3. Competência da Justiça do Trabalho	62
4.4. Jurisprudência relativa à indenização por dano moral na fase pré-contratual	67
5. CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

A crescente utilização de novas tecnologias é latente na era da sociedade da informação, de forma que questões como o uso de Inteligência Artificial e de algoritmos estão cada vez mais vigentes no campo laboral, de maneira que as relações trabalhistas estão se tornando cada vez mais automatizadas, implicando diretamente nas relações de trabalho.

A Inteligência Artificial possui ampla aplicação no processo de seleção de currículos em processos seletivos eis que a tecnologia pode fazer escolhas no lugar de humanos falíveis; entretanto, a utilização de algoritmos como ferramenta de tomada de decisões tem apresentado alguns resultados indesejados. Destarte, se faz necessária a análise do uso de Inteligência Artificial no processo seletivo de empregados, particularmente quando esta vier a cometer atos discriminatórios através do uso de algoritmos, bem como seus impactos nos direitos fundamentais dos trabalhadores, pois os empregadores vêm introduzindo *softwares* de recrutamento na forma de análise preditiva de currículos, a fim de automatizar e refinar o seu processo de seleção e economizar tempo e dinheiro.

A discriminação algorítmica, assim como será apreciada no terceiro capítulo, sucede no momento em que uma ferramenta tecnológica repete comportamentos discriminatórios da sociedade, a partir de inferências de padrões dos dados que são inseridos do *software*. A título exemplificativo, analisaremos o caso da Amazon, em que o *software*, realizou seleção de funcionários com fundamento no gênero, visto que analisou uma base de dados que continha os resultados as melhores contratações dos dez anos antecedentes, e tal grupo era composto majoritariamente composto por homens, de forma que negou às mulheres a oportunidade de trabalhar, infringindo não só o direito fundamental ao trabalho, mas também o princípio da dignidade humana e o da boa-fé. Assim, o presente trabalho se justifica dada a atualidade do tema e seu impacto sobre as relações laborais.

À vista disto, este artigo possui como objetivo demonstrar a importância de reconhecer a aplicação da responsabilidade pré-contratual na fase inicial das relações laborais, visto que atos discriminatórios podem vir a ocorrer nesta fase e os candidatos

não podem ficar desamparados frente ao prejuízo causado, devendo fazer jus a uma justa reparação.

Destarte, pretende-se demonstrar que ainda na fase de recrutamento já há uma relação jurídica entre as partes (candidato e empregador) que, a depender do caso concreto, poderá culminar na responsabilidade do empregador em razão da discriminação no processo seletivo. Assim, pretendemos evidenciar os fatos geradores desta reparação civil ao candidato e qual a fundamentação jurídica para a sua incidência no momento anterior à efetivação do contrato de trabalho.

Para tanto, inicialmente foi apresentada a normatização da relação de emprego e do contrato de trabalho e, posteriormente, sua fase pré-contratual, sendo destacados os limites do empregador nesta fase. Feito isso, foram estudadas questões atinentes à responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito a sua adequação e aplicação à esfera laboral e incidência do dano moral nesta fase, de forma que ainda pretendemos comprovar a hipótese de pesquisa através de jurisprudência colhida nos tribunais trabalhistas.

O presente trabalho possui como gênero o doutrinário, visto que abordará a realidade do direito, tratando especificamente da possibilidade de dano moral na fase pré-contratual da relação trabalhista quando utilizados *softwares* de recrutamento. O método utilizado foi o indutivo, que se deu através da análise da doutrina, legislação e da jurisprudência sobre o tema, que foram aplicadas à hipótese de pesquisa.

2 A RELAÇÃO DE EMPREGO

Quando surgiu, a relação de emprego possuía nítida natureza civilista, ou seja, contratual. Assim, quando despontou na Primeira Revolução Industrial no século XVIII, a relação de emprego era caracterizada pela venda da mão de obra dos trabalhadores ao empregador, sendo que essa situação de dependência da parte hipossuficiente era por ele mesmo autorizada¹ e, portanto, legítima.

Ocorre que, a partir do final do século XIX, a tendência protetiva do empregador passou a ter mais destaque e começou-se a buscar uma maior isonomia entre as partes eis que, aquela noção de igualdade que outrora vigorava, não condizia com a realidade vivenciada pelas partes, estando os trabalhadores sofrendo consequências gravosas².

Posteriormente, no século XX, a ideia de tentar romper com a natureza teórica civilista tornou-se concreta, se construindo uma alternativa complexa para diferenciar a relação de emprego e, ao mesmo tempo, enquadrá-la no ordenamento jurídico vigente ou, ainda, um equilíbrio entre os elementos aproximativos e diferenciadores da relação de emprego perante os institutos vigentes, surgindo assim a teoria contratualista moderna³, de forma que findou-se, nas relações laborais, o princípio da autonomia da vontade, passando a se admitir uma ideia de “liberdade protegida”⁴, devendo as partes agirem, em questão de assistência e lealdade, observando um compromisso recíproco, surgindo assim a teoria institucionalista, a qual visa dignificar e enaltecer a assimilação do trabalhador na empresa.

Subsequentemente, tal teoria fora substituída por outra, que se materializa na comunhão das anteriormente apresentadas. Assim, chegando na teoria atualmente aceita, a relação de emprego possui natureza obrigacional (civilista) sendo, contudo, balizada por deveres de conduta previstos na teoria institucionalista.

¹GENSAS, Rafael Saltz. **Responsabilidade pré-contratual trabalhista**: o rompimento injustificado das tratativas preliminares. 2017. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 36.

²Ibidem, p. 37.

³DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 358.

⁴GENSAS, *op. cit.*, p. 37.

2.1 Natureza jurídica

A relação empregatícia pode ser dividida em duas principais grandes correntes doutrinárias que tentam disciplinar a sua natureza jurídica, são elas a teoria contratualista e a anticontratualista.

A corrente contratualista foi precursora na tentativa de explicar a natureza jurídica da relação de emprego⁵, tendo sua origem ainda no Direito Romano⁶. Tal teoria entende que a relação empregatícia, como o próprio nome sugere, possui natureza contratual, sendo a manifestação de vontade elemento nuclear da sua existência. Assim, nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite “ninguém é empregado ou empregador se não manifestar livremente a sua vontade em tal sentido”⁷.

Como visto, tal teoria surgiu no Direito Romano, sendo a construção teórica mais antiga que se tem conhecimento⁸, sob a ideia de que a relação de emprego e, portanto, o contrato de trabalho, seriam espécies de locação na medida em que a força de trabalho inerente a cada pessoa seria alugada ao empregador (uma das partes, o trabalhador, disporia o seu trabalho à outra parte, o empregador), que a utilizaria “como a força de uma máquina”⁹. Tal teoria denomina-se teoria do arrendamento¹⁰.

Posteriormente, no início do século XIX¹¹, tal construção teórica fora substituída pela ideia de que o contrato laboral seria um contrato de compra e venda. Tal teoria é baseada na ideia de que o trabalho humano seria uma mercadoria que estaria compelida às leis da oferta e da procura¹², que seria trocada por um preço,

⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 358.

⁶LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 87.

⁷Ibidem, p. 88.

⁸DELGADO, *op. cit.*, p. 359.

⁹LEITE, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰DELGADO, *op. cit.*, p. 359.

¹¹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 359.

¹²LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 88.

materializado na figura do salário¹³. Assim, em suma, a teoria da compra e venda pressupõe que o obreiro venderia sua força de trabalho ao empregador.

Para Maurício Godinho Delgado, essa teoria se mostra insustentável juridicamente¹⁴ por três principais fatores, sendo eles o fato de que a) na relação laboral é inexistente a separação entre o trabalho em si e o trabalhador, ao passo de que na compra e venda o elemento objeto do contrato é naturalmente separado para ser alienado entre as partes; b) tal teoria feriria um dos princípios basilares da relação de emprego, qual seja, a continuidade, contrariamente a um contrato de compra e venda, que o ato se perfectibiliza em um único ato (a entrega do bem); e c) as prestações são diversas, de um lado, a compra e venda tem a prestação fundamental de dar, e na relação de trabalho a prestação é de fazer.

Por fim, entre as principais teorias que constituem a corrente contratualista, há ainda a chamada teoria da sociedade, que ocorre quando as partes da relação de trabalho cedem em iguais proporções, visando um benefício comum e compartilhado por ambas as partes¹⁵, ou ainda, pressupõe a existência de interesses comuns que visem à produção¹⁶. Na prática, tal teoria se mostra inviável, pois é consabido que as partes, em uma relação empregatícia, gozam de forças díspares, sendo o empregado a parte hipossuficiente da relação e sendo este subordinado ao empregador.

De outra banda, a corrente anticontratualista defende que a presença de um contrato de trabalho não é o elemento central caracterizador para a relação de emprego, ou seja, “o vínculo que une empregado e empregador independe de contrato”¹⁷, de forma que, conseqüentemente, a relação empregatícia não está condicionada à manifestação de vontade, já que para os doutrinadores de tal teoria, a relação entre empregado e empregador é de ordem pública, eis que tais buscam a desvinculação da relação laboral da alçada do direito civil¹⁸. Assim, ao contrário do defendido pela corrente contratualista, a relação de emprego se originaria do próprio fato do trabalho.

¹³DELGADO, *op. cit.*, p. 359.

¹⁴Ibidem, p. 360.

¹⁵LEITE, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶DELGADO, *op. cit.*, p. 361.

¹⁷LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 88.

¹⁸Ibidem, p. 88.

Por fim, cita-se a teoria mista, ou eclética, que é defendida por alguns doutrinadores como sendo a corrente adotada pelo Direito brasileiro¹⁹, de forma que o sistema pátrio teria acolhido tanto a teoria contratualista quanto a anticontratualista, como se infere dos artigos 2º²⁰, 442²¹ e 444²², todos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pois preveem, sucessivamente, que é considerado empregador a empresa, que o contrato de trabalho é considerado como sendo o acordo correspondente à relação de emprego e que, respeitadas certas limites (a disposições de proteção ao trabalho, os contratos coletivos e as decisões das autoridades competentes), as partes são livres para estipularem as relações contratuais de trabalho.

Para a acepção do presente trabalho, irá se considerar a natureza jurídica da relação de emprego como sendo a contratual, compartilhando do entendimento de Maurício Godinho Delgado quando este sustenta a ideia de que “o elemento vontade (é) essencial à configuração da relação de emprego”²³, eis que, a existência do elemento vontade na relação entre as partes é o componente central que distingue o trabalho empregatício do trabalho servil e escravo²⁴.

2.2. O Contrato Individual de Trabalho e a fase pré-contratual

Seguindo a teoria contratualista da relação de emprego, esta adotada por doutrinadores como Carlos Henrique Bezerra Leite, Amauri Mascaro Nascimento, Orlando Gomes, Evaristo de Moraes Filho, Elson Gottschalk, Maurício Godinho

¹⁹Ibidem, p. 88.

²⁰O art. 2º, da CLT, dispõe: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

²¹Determina o art. 442, da CLT: Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.

²²Art. 444, da CLT: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

²³DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 363.

²⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 363.

Delgado e Alice Monteiro de Barros²⁵, o contrato de trabalho é concebido como elemento essencial caracterizador da relação de emprego, na medida em que inexistindo o contrato laboral, inexistirá a relação empregatícia.

Nesse sentido é o que se infere da própria legislação trabalhista, a qual prevê, no art. 422 da CLT, a figura do contrato de trabalho, sendo entendido este como “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, sendo através deste que as partes pactuantes ajustam as obrigações recíprocas²⁶. Assim sendo, em que pese trazer tal previsão, o legislador não trouxe definição específica sobre o que é um contrato de trabalho *stricto sensu*, tendo em vista que se limita a definir tal figura como sinônimo de “relação de emprego”, a qual também não possui definição expressa em lei²⁷.

A previsão do dispositivo legal acima citado leva a crer erroneamente que o contrato individual de trabalho corresponderia sempre a uma relação de emprego em sentido estrito; entretanto, o contrato individual de trabalho corresponde tanto a uma relação de emprego quanto a uma relação de trabalho^{28,29}.

Portanto, carecendo de uma definição concreta e positivada, a elucidação e delimitação sobre o que seja um contrato de trabalho se dará através de “elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia, deflagrada pelo ajuste tácito ou expresso entre as partes”³⁰.

Diante disto, Carlos Henrique Bezerra Leite conceitua o contrato individual de trabalho como sendo o “negócio jurídico regulado pelo direito do trabalho que estabelece um conjunto de direitos e deveres para o empregado e para o empregador”³¹ ou, ainda, o “núcleo central do direito do trabalho, na medida em que é por intermédio dele que se

²⁵LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 90.

²⁶DELGADO, *op. cit.*, p. 612.

²⁷LEITE, *op. cit.*, p. 202.

²⁸MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 99.

²⁹Relação de trabalho se classifica como sendo todas as relações jurídicas que podem ser classificadas a partir de uma prestação caracterizada pelo labor humano, assim, incluem-se neste grupo todas as modalidades de contratação de mão de obra e prestação de serviços, o que inclui todas as modalidades de contratação de trabalho como a relação de emprego, o trabalhador autônomo, o trabalho avulso e o eventual e até mesmo o contrato de estágio. Posto isso, a relação de emprego é uma modalidade de relação de emprego, sendo um tipo legal único e muito específico de atividade humana, sendo a principal característica diferenciadora a presença de subordinação, a qual transforma o trabalhador em empregado.

³⁰DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 613.

³¹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 203.

desencadeia a aplicação das normas trabalhistas”³². Nesse sentido, Luciano Martinez afirma que:

Se os sujeitos contrapostos estabelecem que um deles oferecerá, mediante condução subordinada, sua força laboral, com pessoalidade e não eventualidade, em troca de uma contraprestação pecuniária assumida por outro, existirá um negócio jurídico intitulado ‘contrato de emprego’.³³

Consonante ao acima disposto, o contrato de trabalho se difere das figuras clássicas contratuais previstas no direito civilista. Para Maurício Godinho Delgado, embora o gênero seja o mesmo, ou seja, o contratual, o contrato de trabalho diverge de um tradicional contrato do Direito Civil pela maneira como é efetivada a prestação objeto do acordo. Nesse sentido, assim dispõe o autor:

É que se trata, no presente caso, de relação contratual específica, distinta e ímpar. Trata-se de relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no modo de efetuação dessa prestação — em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).³⁴

Dispõe o § 1º do artigo 8º da CLT que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho³⁵, assim, em que pese o contrato de trabalho seja típico (contrato que prevê uma obrigação de fazer de forma subsidiária, onerosa, não eventual e pessoal), ele é regido, de forma complementar, pelas normas contratuais civilistas. Nessa lógica, embora o contrato de trabalho se difira das figuras clássicas contratuais previstas no direito civilista, assim como nos contratos civis em geral, o contrato de trabalho e, portanto, a relação de emprego, se divide em três distintas fases, sendo

³²Ibidem, p. 201.

³³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 99.

³⁴DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 363-364.

³⁵O art. 8º, da CLT, estabelece: 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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

estas a pré-contratual, entendida como a fase que começa com as negociações preliminares e se estende até o firmamento de um acordo - manifestação da vontade, entre as partes; a contratual *stricto sensu* e a pós-contratual.

Dessa maneira, sendo a fase pré-contratual o período para as partes se ajustarem a fim de concluir o negócio jurídico, quando se trata de contrato de trabalho, é na referida fase que o empregador realiza o processo de recrutamento e seleção.

A fase preparatória se caracteriza por ser a fase das tratativas iniciais para a concepção do Contrato de Trabalho *stricto sensu*³⁶, tendo início com a aproximação das partes³⁷ a qual ocorre com a vontade do empregador em contratar alguém e a necessidade do trabalhador por um novo emprego. Assim sendo, é na fase preparatória que ocorre o processo seletivo através da análise de currículos dos trabalhadores em potencial, quando o empregador avaliará as aptidões dos candidatos³⁸.

Assim, a fase pré-contratual perdura entre a abertura do processo seletivo até o acordo das partes com as disposições contratuais, quando iniciaria em sentido estrito a relação de emprego. Ocorre que apenas idealmente isso acontece, diante da vulnerabilidade negocial e hipossuficiência de poderes do empregado, sendo a parte mais frágil da relação, eis que necessita do emprego para a sua subsistência. Isto posto, na prática as partes em nada convencionam sobre os termos do contrato de emprego ou as condições laborais, sendo caracterizado um contrato de adesão, quando o empregador apresenta um protótipo de contrato e estabelece as condições do emprego e o trabalhador em potencial apenas concorda com os termos e adere ou não - o que ainda pode ser relativizado visto que, necessitando de um salário para prover as condições mínimas de subsistência, a pessoa trabalhador, diante da

³⁶LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, abri. de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

³⁷GENSAS, Rafael Saltz. **Responsabilidade pré-contratual trabalhista**: o rompimento injustificado das tratativas preliminares. 2017. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

³⁸REIS, Raphaella. Responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho: Como o processo seletivo pode prejudicar o empregador?. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://lekkerding.jusbrasil.com.br/artigos/404961902/responsabilidade-pre-contratual-no-direito-do-trabalho?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

necessidade, irá aderir a qualquer contrato que lhe ofereça um salário em troca da sua prestação de serviços³⁹.

Formalmente falando, nesta fase ainda não se tem um vínculo de emprego, de forma que não se pode falar em violações contratuais propriamente ditas; entretanto, alguns deveres pré-contratuais devem ser observados, de forma que, se não forem cumpridos, pode acarretar em prejuízos às partes⁴⁰, atraindo para quem os violar a responsabilização pelos danos causados. Assim, durante o processo seletivo, as partes devem se pautar estritamente por uma conduta que tenha como pilar o princípio da boa-fé e, dentro dos limites de tal princípio é que o empregador pode dispor do seu poder diretivo para selecionar o profissional que julgar mais adequado para a vaga ofertada⁴¹.

Como visto (e como será esmiuçado posteriormente), na fase preparatória do contrato de trabalho deve haver a incidência da boa-fé objetiva, a qual estipula deveres de comportamento para as partes. Assim, desde a fase das tratativas, as partes - e, principalmente o empregador, estão submetidas e obrigadas a agirem conforme a boa-fé. Isso se dá, pois, não obstante no processo de recrutamento ainda não esteja concretizada a obrigação em sentido estrito, já existe entre as partes interessadas relação jurídica obrigacional que pode gerar o dever de indenizar caso não sejam observados os deveres da boa-fé, nitidamente traduzidos pelo princípio da proteção⁴² ao trabalhador, parte mais vulnerável na situação.

Não estando o processo seletivo inserido dentro da relação de emprego propriamente dita, infere-se que não está abrangido e amparado pela legislação trabalhista; entretanto, os doutrinadores, diante da multiplicidade das relações sociais e o constante desenvolvimento cultural, adaptaram as doutrinas trabalhistas para que se adequassem à nova realidade social, e começaram a aceitar e a adotar a existência

³⁹LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, abr. de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁰REIS, *op. cit.*

⁴¹GENSAS, Rafael Saltz. **Responsabilidade pré-contratual trabalhista**: o rompimento injustificado das tratativas preliminares. 2017. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

⁴²MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2015. p. 383.

de uma fase pré-contratual trabalhista⁴³, passando os candidatos de processos seletivos de vagas de emprego a terem proteção legal contra danos sofridos a seus direitos fundamentais e da personalidade durante a fase de recrutamento.

Assim sendo, a fase preparatória do contrato de trabalho é marcada por ser a fase de negociações prévias, possuindo nítida natureza híbrida, estando de um lado a liberdade do empregador de decidir quem contratar, porém balizada pelo compromisso assumido de respeitar os limites da boa-fé⁴⁴ e, conseqüentemente, o dever de não discriminar.

2.3 Os limites do empregador na fase pré-contratual

O artigo 2º da CLT dispõe que “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”⁴⁵, ou seja, disciplina o poder de direção do empregador.

Contudo, embora a CLT tenha disposto sobre o poder de direção e este seja estritamente fundamental para o pleno funcionamento das relações laborais, tal não é absoluto e encontra, no ordenamento jurídico - tanto nas disposições positivadas quanto nos princípios basilares trabalhistas e constitucionais, barreiras à sua aplicação tirânica e desproporcional. Nesse sentido, o poder diretivo do empregador e todos os seus desdobramentos, como a sua liberdade para contratar, esbarra na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade do empregado.

Assim, deverão ser preservados os direitos de personalidade do trabalhador, que são um desdobramento da dignidade da pessoa humana, o princípio fundamental norteador das relações trabalhistas⁴⁶, de forma que, em que pese o dirigente possa

⁴³ROSSETO, Sabrina Frágoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁴⁴TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

⁴⁵BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁶NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional - Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

usufruir do seu direito de propriedade e livre iniciativa, inerente aos negócios jurídicos, a este não é permitido praticar atos discriminatórios.

Assim sendo, a competência diretiva do empregador é balizada pela Constituição Federal (CF) que, como será visto mais adiante, elevou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana a preceito constitucional, “bem como na ordem jurídica infraconstitucional que tutela os direitos da personalidade e o dever de lisura e boa-fé nas relações contratuais”⁴⁷.

Há de ter, portanto, requisitos essenciais no processo seletivo de trabalhadores, principalmente no que tange às ferramentas que avaliam a compatibilidade do candidato e os critérios utilizados para a seleção⁴⁸. Assim sendo, tais critérios devem ser vinculados unicamente com os requisitos técnicos para a vaga, sem estender para a esfera íntima e pessoal do candidato, de forma que características inerentes à pessoa do empregado potencial são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois em nada se relacionam e determinam as suas capacidades técnicas para o emprego, ou seja, são critérios que, além de injustos, são discriminatórios.

Sob o amparo legal, a discriminação na fase pré-contratual foi disciplinada pela Lei 9.799 de 1999 que inseriu na CLT o artigo 373-A:

Art. 373 A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

- I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;
- II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

od%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

Acesso em: 03 abr. 2021.

⁴⁷NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional - Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. p. 15. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acesso em: 03 abr. 2021.

⁴⁸REIS, Raphaella. Responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho: Como o processo seletivo pode prejudicar o empregador?. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://lekkerding.jusbrasil.com.br/artigos/404961902/responsabilidade-pre-contratual-no-direito-do-trabalho?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
 V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;⁴⁹

Ainda, a Lei 9.029 de 1995 também se propôs a disciplinar a fase pré-contratual, trazendo já na sua ementa⁵⁰ a proibição de “exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”, trazendo expressa previsão legal de que exigir a apresentação de tais documentos na fase antecedente ao contrato, ou seja, na fase de recrutamento de trabalhadores, constitui crime, com detenção de um a dois anos e multa⁵¹.

Há, ademais, a previsão contida no artigo 442-A da CLT⁵², o qual foi inserido pela Lei 11.644 de 2008 que disciplina que, para fins de contratação, o empregador não pode exigir experiência funcional acima de seis meses, a fim de coibir discriminação com trabalhadores jovens ou de trabalhadores com menos experiência⁵³.

⁴⁹BRASIL. Lei nº 9.799, de 26 de mai. de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm> Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁰BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵¹Vide, Lei 9.029/95, Art. 2º: Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵²Estipula o art. 442-A, da CLT: Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade.

BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵³ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa; ZAPATA, Daniela Lage Mejia. A responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário**

Nesse toar, a contratação com base nos dados pessoais de funcionários em potencial existe, mas é uma exceção legalmente prevista. Um exemplo é a abertura de vagas de emprego para trabalhadores com deficiência ou reabilitados, caracterizando uma discriminação positiva. A permissão para abrir um processo seletivo que leve em consideração as características pessoais dos potenciais empregados devem ser expressamente indicadas no texto da lei, sendo defeso aos empregadores a utilização de critérios que considerem as demais características pessoais da pessoa que se candidata à vaga.

Destarte, o empregador possui o direito de escolher o funcionário que melhor preencha os requisitos exigidos por ele, sob condição de que a seleção e recrutamento não se valham de critérios pessoais, como idade, sexo e religião. Assim sendo, no processo de recrutamento de trabalhadores, os critérios utilizados para a seleção devem se ater a apenas critérios técnicos e pertinentes à função, como nível de instrução e habilidades.

E nesse sentido disciplina o artigo 1º da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

Artigo 1º

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

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

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

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

3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.⁵⁴

Newton Paiva, 2014. p. 1678-8729. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d22-01-a-responsabilidade-civil-pre-contratual-no-direito-do-trabalho/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁴ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111 – Sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão**. 1958. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20111\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20111).pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Além das vedações legais, positivadas na lei, o empregador também encontra restrições pautadas na boa-fé, que deve reger o comportamento apropriado durante o processo seletivo. Tal ocorre, pois a seleção de pessoas não envolve apenas dados frios, se trata de pessoas reais, com sentimentos e necessidades concretas. E é deste fato que decorrem os deveres anexos de conduta, os quais, como será visto mais adiante, extrapolam as disposições expressas no contrato, como o pagamento de salário e a prestação de serviços (obrigações de trabalhar e remunerar), são deveres que vão além, como o de respeitar a dignidade da pessoa humana do trabalhador ou, ainda, do candidato a uma vaga de emprego. São, portanto, deveres atinentes à conduta, que impõe que o empregador aja de acordo com a boa-fé objetiva. Em suma, esses deveres anexos à conduta na fase preparatória do contrato de trabalho, ou seja, no recrutamento de trabalhadores, decorrem estritamente da boa-fé. Nesse sentido é o que dispõe os artigos 187⁵⁵ e 422⁵⁶, ambos do Código Civil.

Tais deveres, além de decorrerem diretamente da boa-fé, também são uma consequência da função social do contrato. Nesse sentido, também se enquadram como deveres anexos o dever de informação, dever de sigilo e, com o devido destaque, a proteção de dados pessoais dos candidatos, os quais devem ser estritamente observados, à sombra de incorrer em dano moral pré-contratual na esfera trabalhista. Vislumbra-se, portanto, estritamente a proibição de exigir do candidato, a título exemplificativo, a apresentação de antecedentes criminais, histórico de processos em que o trabalhador em potencial figure como parte, verificação de inscrição no SCPC e SERASA, informações médicas, bem como informações sobre a vida pessoal e familiar do candidato, eis que tais exigências possuem conotação de alta carga antiética, o que obstaculiza a igualdade de oportunidades do candidato⁵⁷.

⁵⁵Art. 187, do Código Civil: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁶Art. 422, do Código Civil: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁷REIS, Raphaella. Responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho: Como o processo seletivo pode prejudicar o empregador?. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://lekkerding.jusbrasil.com.br/artigos/404961902/responsabilidade-pre-contratual-no-direito-do-trabalho?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

Conclui-se, portanto, que o processo seletivo carece de uniformidade e impessoalidade, visto que a livre iniciativa do empregador (visto que esse assume os riscos inerentes à sua atividade) acaba onde começam os direitos dos candidatos, sendo estritamente necessário que o os trabalhadores em potencial, quando do recrutamento, gozem de tratamento isonômico e tenham a sua intimidade inviolada⁵⁸.

A fim de evitar e condenar atos vexatórios e discriminatórios nos processos de recrutamento, o Ministério Público do Trabalho (MPT) vem atuando, dentro das suas competências⁵⁹, para coibir tais práticas abusivas. Cita-se como exemplo a Ação Civil Pública de nº 0001917-61.2010.5.02.0442, ajuizada perante a 2ª Vara do Trabalho de Santos⁶⁰, em que o MPT pretendeu a condenação da empresa ao pagamento de danos morais coletivos eis que, na fase pré-contratual, a empregadora realizou pesquisa prévia da situação financeira dos candidatos ao emprego, consultando o banco de dados do SPC e SERASA.

Portanto, a discriminação advinda da violação aos direitos da personalidade através da utilização de critérios pessoais do candidato a uma vaga de emprego se caracteriza como ato atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, que estão presentes e incidem desde a fase pré-contratual.

2.4 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana pode ser intitulada como o principal direito fundamental previsto na nossa Constituição⁶¹, ou ainda, como um “supraprincípio constitucional” que serve de norte para os demais direitos e garantias previstos na Carta Magna⁶².

⁵⁸Ibidem.

⁵⁹ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁶⁰ESTADO DE SÃO PAULO. **2ª Vara do Trabalho de Santos**. Ação Civil Pública nº 0001917-61.2010.5.02.0442. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Arthur Lungdren Tecidos S/A Casas Pernambucanas. Juíza: Juliana Ferreira de Moraes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/193391919/processo-n-0001917-6120105020442-do-tst>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁶¹NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. – 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 67.

⁶²Ibidem, p. 73.

Proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) reconheceu os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos⁶³, os quais possuem como premissa a dignidade da pessoa humana, e dela derivam, assim sendo, todo ser humano é detentor de dignidade apenas pelo fato já de ser pessoa⁶⁴. Nesse sentido, Rizzato Nunes discorre que tal “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional”⁶⁵.

Sendo este “supraprincípio” essencial e fundamental para a sustentação das relações interpessoais na sociedade, tal precisa se conservar, e essa preservação decorre da valorização e garantia da liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade entre as pessoas⁶⁶. No mesmo sentido e decorrentemente, sendo os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos os pilares para a existência humana, deve-se preservar a dignidade da pessoa humana através do respeito e apreço ao próximo⁶⁷.

Nesta perspectiva, os legisladores nacionais elegeram, na CF de 1988, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado democrático de Direito⁶⁸, como se infere do inciso III do art. 1º do referido diploma legal:

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

.....
III - a dignidade da pessoa humana;⁶⁹

Ainda, fizeram constar na Lei Maior os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (art. 5º. da CF) que, como visto, são a irradiação da dignidade da pessoa humana e materializam a efetivação deste “supraprincípio”⁷⁰.

⁶³NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional - Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>> Acesso em: 03 abr. 2021.

⁶⁴NUNES, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁵Ibidem, p. 67.

⁶⁶NASCIMENTO, *op. cit.*

⁶⁷Ibidem.

⁶⁸LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

⁶⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

⁷⁰NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional -

Aplicando tal conceito para a esfera laboral, cita-se também o fato de que a CF elevou o direito e a proteção ao trabalho como direito fundamental de primeira geração - direito social e de garantia fundamental da pessoa humana⁷¹, hábil a promover a transformação social. Assim, a proteção ao emprego e valorização do empregado⁷² (artigo 7º, caput, e artigo 193, todos da CF) como direito do cidadão prevista na CF - e também no inciso XXIII da DUDH⁷³, é outro desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁴.

Nesse toar, conclui-se que a dignidade da pessoa humana pertencente ao trabalhador somente será efetivada e potencializada se a este for ofertado condições mínimas e dignas de trabalho, que resultarão, por consequência, em condições dignas de vida. Cita-se, a título exemplificativo, que formas de proporcionar condições dignas de trabalho são remunerar justamente o labor do empregado, garantir a este um ambiente de trabalho salubre - que não coloque em risco a saúde tanto física quanto psíquica do empregado, e a igualdade de tratamento e oportunidades, se isentando o empregador de praticar atos discriminatórios e atentatórios à dignidade dos trabalhadores, na qualidade de pessoa e de trabalhador⁷⁵, em qualquer fase da relação empregatícia, ainda que na fase pré-contratual.

Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

⁷¹Ibidem.

⁷²DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

⁷³1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁴LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁵NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional - Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

Além disso, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida, no Estado Social de Direito - onde o legislador e o poder público garantem a liberdade da pessoa humana através da solidariedade, à igualdade e do respeito, como auxiliar da boa-fé objetiva como fonte de deveres entre as partes⁷⁶.

Ademais, sabe-se que nossa história infelizmente é marcada por diversas atrocidades que foram cometidas em decorrência da falta de informação e, principalmente, humanidade. A título exemplificativo, cita-se a inquisição, que pode ser traduzido pela discriminação religiosa e a escravidão, que ocorreu pela discriminação pela cor da pele das pessoas. Assim, a dignidade da pessoa humana é concebida como um “estimulador do desenvolvimento social e freio da bestialidade possível da ação humana”⁷⁷, para afastar dos dias atuais esse relativismo histórico⁷⁸, o que se traduz pela famosa premissa “para não esquecer, para nunca mais se repetir”, ou seja, considerando todas as violações a direitos que hoje reconhecemos como básicos e inerentes a todos cidadãos (ao menos na teoria), para elas combater.

A dignidade da pessoa humana, portanto, é uma conquista da razão ético-jurídica⁷⁹, caracterizada no rechaço às desumanidades já vivenciadas na nossa história a fim de resguardar a dignidade que se perdeu em determinados marcos históricos, como a Segunda Guerra Mundial e pela experiência nazista⁸⁰.

Diante disso, é clarividente que a dignidade da pessoa humana meramente se consubstancia a partir da promoção, conservação, e proteção dos direitos e garantias

od%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8> Acesso em: 03 abr. 2021.

⁷⁶TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

⁷⁷NUNES, Rizzatto **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 68.

⁷⁸NUNES, Rizzatto **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 69.

⁷⁹Ibidem, p. 70.

⁸⁰Cita-se, por exemplo, que a *Constituição Federal da Alemanha* traz, já no seu artigo 1º, a premissa da dignidade da pessoa humana. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

In verbis:

“Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”

fundamentais, imprescindíveis para uma vida digna em sociedade, sob hipótese alguma, abre margem para a discriminação.

Como visto, o empregador possui diversos limites na fase pré-contratual, sejam eles positivados ou não. Assim, na fase de recrutamento de empregados, devem-se respeitar tais balizas, que asseguram justamente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do trabalhador em potencial. Ocorre que, na atual sociedade da informação, as relações trabalhistas estão cada vez mais automatizadas, com a inserção de novas tecnologias no cotidiano laboral, principalmente no tocante à fase pré-contratual. Destarte, se faz necessária a análise do uso de Inteligência Artificial no processo seletivo de empregados, sobretudo quando esta vier a cometer atos discriminatórios através do uso de algoritmos, bem como seus impactos nos direitos fundamentais dos trabalhadores.

3. AS NOVAS TECNOLOGIAS NOS PROCESSOS SELETIVOS

3.1 A Inteligência Artificial aplicada às seleções de trabalhadores

Inteligência Artificial (IA) pode ser conceituada como sendo uma simulação ou reprodução da capacidade analítica de tomada de decisão humana. Os mecanismos da IA exercem várias das funções da intelectualidade humana como o raciocínio, a resolução de problemas, o reconhecimento de padrões, a percepção, a cognição, a compreensão e a leitura⁸¹. Assim, a IA se traduz no desenvolvimento de máquinas altamente inteligentes - em que pese essa inteligência seja artificial.

Atualmente, a IA é uma das tecnologias que vem sendo mais aplicada no cotidiano. A sua adoção é nitidamente perceptível no envio de propagandas direcionadas para usuários enquanto navegam na *web* - quando se pesquisa um produto e ele fica aparecendo repetidamente em todos os lugares, ou quando se analisa o perfil do consumidor e então apresenta a ele propagandas de produtos que a IA identifica como mais prováveis de serem adquiridos; entretanto, hoje a IA invade também o território laboral, implicando diretamente nas relações de trabalho, principalmente no setor de recursos humanos das empresas, tendo a IA ampla aplicação no processo de seleção de currículos em processos seletivos.

Verifica-se, nesse sentido, que empresas e *startups* vêm aplicando a IA na forma de análise preditiva para automatizar e refinar o seu processo de recrutamento em tudo, assim sendo, essas empresas se valem tanto de anúncios de empregos direcionados quanto de triagem de candidatos⁸².

Assim, diante deste novo cenário, o poder de controle do empregador afeta mais profundamente a privacidade dos trabalhadores eis que os dados sobre as pessoas que aplicam para determinada vaga de emprego estão disponíveis tanto no currículo do candidato quanto de forma involuntária através de dados pessoais que estão inseridos na *web*. Assim, fotos, vídeos, gostos, opiniões políticas, interesses, *hobbies*, e etc. estão acessíveis nas redes sociais dos candidatos, de forma que o poder de controle da empresa ou do empregador torna-se mais latente. Nos tempos

⁸¹PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, v. 21, p. 1279-1298, 2020.

⁸²Ibidem.

atuais, os dados pessoais poderiam ser classificados como uma “nova *commodity*”⁸³, um ativo financeiro.

A questão que resta saber é se o contratante pode se valer destes dados disponibilizados voluntária e involuntariamente para eliminar determinados candidatos.

No ponto, é necessária a conceituação de algoritmos. Estes podem ser entendidos como uma sequência de passos organizada convenientemente de determinada forma para solucionar um problema ou executar uma tarefa. A partir deste conceito, podemos dizer que algoritmos são utilizados desde o início da civilização egípcia, quando as pessoas já operavam fórmulas para solucionar problemas diários - como a próxima enchente do rio Nilo⁸⁴.

Especificamente quanto à problemática da IA, pode-se dizer que essa sequência de passos é posteriormente traduzida para uma linguagem técnica, o *software*. O *software* é a base para se gerarem programas a serem utilizados por empresas.

Para solucionar problemas e executar tarefas, os algoritmos analisam uma base de dados e aprendem com as informações ali contidas para chegar a um padrão de resposta. Ou seja, através da IA, estes *softwares* averiguam informações e as traduzem em um modelo. Essa capacidade de *softwares* aprenderem por padrões inseridos neles ou através de bases de dados e expelir uma resposta se denomina *machine learning*, ou em português, aprendizado de máquina. Em suma, a IA realiza uma pressuposição se utilizando como base os acontecimentos do passado (base de dados ou informações inseridas no sistema) de forma que emite uma previsão de probabilidade futura⁸⁵.

Machine learning, portanto, é um mecanismo essencial para que os *softwares* consigam operar decisões através de dados e o resultado desejado que se inserem na máquina⁸⁶. É por este aprendizado que os algoritmos são capazes de tornar

⁸³PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, v. 21, p. 1279-1298, 2020.

⁸⁴ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e205201, 2020.

⁸⁵BARBOSA, Tales Schmidke. Inteligência artificial e discriminação algorítmica. **Jota**, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

⁸⁶Ibidem.

verídica a relação entre dado (dados de entrada) e resultado (resultados fornecidos pelos algoritmos também chamados de *outputs*).

Assim, da mesma forma que uma fórmula matemática recebe valores numéricos a fim de realizar cálculos, algoritmos recebem dados objetivando processá-los a fim de obter um resultado, o desejado *output*. Logicamente, quanto maior é a disponibilidade de dados inseridos e mais aprimorada a tecnologia e o *machine learning*, maior é o poder conferido aos algoritmos, e maior a capacidade de substituírem os humanos na tomada de decisões. Portanto, algoritmos são plenamente capazes de fazer análises avaliativas complexas de perfis⁸⁷ de trabalhadores, avaliando suas características, personalidades, inclinações, orientação sexual, opiniões políticas e etc.⁸⁸.

A IA é uma criação algorítmica dirigida a realizar fins específicos com base em dados objetivos inseridos no *software*, os chamados *inputs*, para gerar resultados a partir deles, intitulados estes como *outputs*⁸⁹.

Algoritmos podem ser facilmente utilizados ao longo de toda a relação contratual, desde a contratação até o desligamento, bem como podem ser aplicados para controlar a produtividade dos empregados - o que poderá influenciar na tomada de decisão de desligamento de empregados, posto que a IA é capaz de emitir resultados com o intuito de descartar os trabalhadores menos produtivos⁹⁰.

O que se verifica, portanto, é o uso da IA no recrutamento de trabalhadores como um novo paradigma contemporâneo, eis que estão exterminando os processos seletivos tradicionais incumbindo a *softwares* a responsabilidade de selecionar seus candidatos em processos seletivos a vagas de emprego.

Em 2017, uma empresa de *softwares* realizou uma pesquisa que fora publicada no jornal El País, a qual comprovou que aproximadamente 55% dos gerentes de recursos humanos dos Estados Unidos pensam que a IA será usada nos processos de recrutamento de trabalhadores em processos seletivos nos próximos 5 anos⁹¹ - ou

⁸⁷ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e205201, 2020.

⁸⁸Ibidem.

⁸⁹BARBOSA, *op. cit.*

⁹⁰ROCHA, *op. cit.*

⁹¹RUBIO, Isabel. Amazon prescinde de una inteligencia artificial de reclutamiento por discriminar a las mujeres. **El País**, 12 de out. de 2018. Disponível em: <https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.

seja, nos tempos atuais. Assim sendo, numa perspectiva a longo prazo, pode-se afirmar que nenhum setor da economia ficará fora do alcance dos algoritmos⁹², principalmente no que tange ao processo seletivo de trabalhadores, tendo em vista que as empresas estão acabando cada vez mais com processos seletivos tradicionais e confiando em *softwares* para selecionar seus candidatos a ofertas de emprego.

Como visto, os empregadores estão se voltando para formas modeladas matematicamente de peneirar os formulários de emprego⁹³, e essa opção por uso de IA na fase pré-contratual advém do poder diretivo do empregador, que é o poder exercido por ele a fim de organizar a sua empresa no tocante às atividades, funções e cargos, tudo visando a economia de dinheiro e tempo, otimizando o processo de contratação, pois é sabido que os processos seletivos consomem muito tempo e dinheiro, e o uso de algoritmos tem o potencial para emitir resultados satisfatórios, ajudando empresas a economizarem.

Nesse sentido, é evidente que um programa de computador, através da IA, poderia analisar surpreendentemente rápido milhares e milhares de currículos e classificá-los em listas organizadas, colocando em evidência os candidatos mais promissores. Com esse processo, o empregador economiza tempo e dinheiro⁹⁴. Ainda, esse modelo de IA de análise de currículos por algoritmos foi anunciado como uma forma mais justa e objetiva de se analisar pessoas no processo seletivo, visto que seria, na teoria, um modo imparcial de fazer esta seleção, eis que não envolvia humanos carregados de preconceitos, e sim seria apenas a análise fria de números. Assim, as decisões que outrora eram essencialmente baseadas apenas na reflexão humana, agora poderiam ser feitas de forma automática⁹⁵, apenas com dados inseridos em máquinas.

Considerando que a contratação de trabalhadores é essencialmente um problema de predição, eis que, ao analisar currículos, um recrutador tenta realizar um

⁹²PRASSL, J. What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 41, n. 1, p. 1-30, 2019.

⁹³O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

⁹⁴O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

⁹⁵PASQUALE, F. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015 *apud* ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e205201, 2020.

prognóstico sobre o desempenho que aqueles candidatos terão e quais não se encaixam no perfil da empresa, por exemplo, neste processo, pode ser influenciado por tendências discriminatórias. Assim, a utilização de algoritmos é extremamente atrativa para solucionar essa problemática tendo em vista que através dos *inputs* introduzidos pelos empregadores, a IA poderá selecionar exatamente aquele candidato que estão à procura. Uma pesquisa realizada apontou que nos Estados Unidos, cerca de 72% dos currículos nunca são vistos pelos olhos humanos, e sim analisados por máquinas e classificados por algoritmos⁹⁶.

Como visto, quando o empregador realiza a análise os currículos de candidatos, ele está tentando prever quais serão os melhores para se selecionar e, nesse viés, teoricamente os algoritmos levariam a resultados mais consistentes e não enviesados com preconceitos, e ainda economizaria tempo e dinheiro às empresas ou ao empregador. Emergiram assim as empresas de tecnologia especializadas em desenvolvimento de *softwares* que automatizam a análise de currículos, realizando a classificação dos candidatos.

Uma dessas empresas é a Kronos, surgida nos Estados Unidos, que possui diversos mecanismos de *softwares* para gerenciamento das relações laborais, entre eles o *Workforce Ready HR*. De acordo com o *site* da empresa na internet, essa ferramenta desenvolvida por eles poderia “ajudá-lo a filtrar, contratar e integrar candidatos com maior probabilidade de serem produtivos - os funcionários mais adequados que terão um melhor desempenho melhores e permanecerão no trabalho por mais tempo”⁹⁷. Há ainda empresas como a Hogan Assessment Systems Inc, uma empresa que desenvolve testes de personalidade *online* que, atualmente, são usados em 60 a 70% dos candidatos a vagas de emprego nos Estados Unidos e, no Reino Unido⁹⁸.

Verifica-se, portanto, que, a utilização de IA em processos de recrutamento é benéfica para os gestores, haja vista que estes economizam dinheiro e tempo no processo seletivo, ao mesmo tempo em que o uso de *softwares* pode direcionar os currículos para as vagas certas (incluindo *inputs* específicos, como palavras-chave para determinado cargo), de forma que só se analisará aquele candidato que

⁹⁶O'NEIL, *op. cit.*

⁹⁷O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020, p. 168.

⁹⁸O'NEIL, *Ibidem*, p. 168.

corresponde às especificidades da vaga; entretanto, há o lado negativo do processamento automatizado para seleção de pessoal, o qual se traduz na coisificação do trabalhador (desenvolvimento de perfis automatizados, o chamado *people analytics*) quando se emprega IA no processo de recrutamento, o que precariza o mercado de trabalho.

3.2 A discriminação em face dos processos automatizados

Discriminar significa distinguir, segregar, e possui conotação de desvalor⁹⁹, ou seja, a discriminação é o reflexo de ideias preexistentes sobre características de pessoas ou grupos sociais - na maioria das vezes diferenças naturais como sexo, raça e etnia, que busca, através de um tratamento desfavorável, colocar estes em posições de inferioridade. Isso significa dizer que pessoas possuem preferências injustificadas¹⁰⁰ geradas pelo preconceito.

A discriminação poderá ser negativa ou positiva. A negativa se caracteriza quando alguém ou algum grupo é tratado desfavoravelmente e em prejuízo destes - é o que ocorre sabidamente com as mulheres e negros, por exemplo. Por outro lado, a discriminação positiva é quando ocorre a tentativa de eliminar as diferenças, o que se perfectibiliza através de políticas de inclusão e medidas protetivas, a fim de favorecer pessoas ou grupos sociais que se já se encontram em condições desfavoráveis - a exemplo da reserva de vagas para cotas raciais, que visa equilibrar uma situação gerada justamente por uma discriminação negativa, ou o pressuposto da hipossuficiência do empregado frente ao empregador.

Adilson José Moreira conceitua a discriminação negativa como sendo um “tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade política devem ser igualmente respeitados”¹⁰¹. Ou seja, ocorre quando alguém age arbitrariamente em relação a outro alguém, motivado por estigmas

⁹⁹COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades. In: **Igualdade racial: principais resultados**. Brasília: OIT - Organização Internacional do Trabalho, 1. ed., 2006.

¹⁰⁰COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades. In: **Igualdade racial: principais resultados**. Brasília: OIT - Organização Internacional do Trabalho, 1. ed., 2006.

¹⁰¹MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** 2ª edição reimpressa editada. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 35.

culturais e motivações ilegítimas que visam manter o agente discriminado em situação permanente de subordinação¹⁰².

A discriminação, portanto, impede que uma pessoa ou grupo de pessoas possuam igualdade de tratamento ou oportunidades, como, por exemplo, a predileção por pessoas brancas a pessoas pretas em processos seletivos, se distinguindo, nesse ponto de tratamento diferenciado através de critérios diferenciadores como, por exemplo, reservar assentos preferenciais em transporte público para gestantes e idosos. A diferenciação se encontra, sobretudo, quando se considera na equação a questão moral.

A Convenção nº 111 da OIT define discriminação, em seu art. 1º, como

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.¹⁰³

A forma mais notável de vedação à discriminação no ordenamento jurídico brasileiro está inserida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal:

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:¹⁰⁴

¹⁰²Ibidem.

¹⁰³BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de nov. de 2019. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo28>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹⁰⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

No âmbito infraconstitucional e laborativo, há as previsões contidas no artigo 1º da Lei 9.029, de 13 de abril de 1995¹⁰⁵, e no artigo 373-A da CLT¹⁰⁶.

A discriminação no ambiente de trabalho não é considerada crime *stricto sensu*, mas também não é imune a sanções que visam inibir este comportamento. Essas sanções se traduzem em multas administrativas, na proibição do empregador de obter empréstimo, ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais ou, em casos de dispensa arbitrária fundada em critério discriminatório, o empregador é obrigado a realizar a reintegração do funcionário com o devido pagamento integral das remunerações do período de afastamento ou o pagamento em dobro destas¹⁰⁷.

A discriminação no ambiente laborativo, contudo, também está presente na fase pré-contratual, ainda na seleção dos empregados. A título exemplificativo, cita-se o fato de que as orquestras, que eram dominadas por homens, instituíram, a partir da década de 70 as audições às cegas, ou seja, com o músico escondido atrás de um pano. Assim sendo, o gênero, a raça ou qualquer outra característica passaram a ser

¹⁰⁵Art. 1º, da Lei 9.029/95: É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁰⁶Art. 373-A, da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁰⁷COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades. *In: Igualdade racial: principais resultados*. Brasília: OIT - Organização Internacional do Trabalho, 1. ed., 2006.

irrelevantes para a avaliação do músico. A partir de então, a porcentagem de mulheres que começaram a tocar em orquestras quintuplicou¹⁰⁸.

Ainda, no ano de 2004, foi publicado um estudo denominado “Emily e Greg são mais empregáveis do que Lakisha e Jamal?”¹⁰⁹ contendo resultados de um experimento de campo onde os pesquisadores responderam a uma lista de empregos reais publicados nos jornais das cidades de Boston e Chicago, porém com currículos fictícios, sendo metade destes atribuídos aleatoriamente com nomes caracteristicamente de pessoas pretas e metade com nomes característicos de pessoas brancas. Assim, duas pessoas fictícias aplicaram para as mesmas vagas, com currículos tão idênticos quanto podiam ser - experiência profissional, formação acadêmica, etc., apenas com a diferença de que metade poderia ser associado a uma pessoa preta e metade a uma pessoa branca, apenas pelo nome. Tal experimento pretendia medir a discriminação racial no mercado de trabalho, intentando comprovar que os departamentos de Recursos Humanos e empregadores em geral costumam tomar decisões tendenciosas.

E os resultados são apavorantes: candidatos que aplicaram para vagas de empregos com nomes que sugerem pertencer a uma pessoa branca, como Emily, receberam 50% mais ligações de retorno do que aqueles com nomes que soam como pertencentes a uma pessoa preta, como Lakisha. Assim sendo, concluiu-se que o simples fato de ter um nome associado a uma pessoa branca aumentou os retornos de chamadas para entrevistas de emprego em 50%, sugerindo que a discriminação racial ainda é uma característica predominante no mercado de trabalho¹¹⁰.

Como visto supra, o uso de algoritmos nos processos seletivos de trabalhadores vem crescendo exponencialmente e vem sendo cada vez mais usados pelos departamentos de recursos humanos e empregadores para captar talentos. Nesse sentido, importante ressaltar que um algoritmo pode ostentar *outputs* discriminatórios, tendo em vista que, sob um aspecto qualitativo, os dados de pessoas que se candidatam a vagas de empregos podem não ser propícios para serem

¹⁰⁸O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

¹⁰⁹BERTRAND, Marianne. MULLAINATHAN, Sendhil. Emily e Greg são mais empregáveis do que Lakisha e Jamal? Um experimento de campo sobre discriminação no mercado de trabalho. *In: American Economic Review*, 2004.

¹¹⁰BERTRAND, Marianne. MULLAINATHAN, Sendhil. Emily e Greg são mais empregáveis do que Lakisha e Jamal? Um experimento de campo sobre discriminação no mercado de trabalho. *In: American Economic Review*, 2004.

utilizados de base com a finalidade de encontrar o melhor empregado. Isso ocorre, pois existem escolhas éticas em cada algoritmo que construímos¹¹¹, ou seja, na inserção de *inputs* básicos no sistema eis que os algoritmos são capazes de absorver padrões discriminatórios presentes na sociedade e reproduzir como se fosse verdade¹¹².

Ou seja, esses algoritmos apenas encontram e reproduzem um padrão baseado em escolhas feitas por seres humanos falíveis¹¹³, que podem não inserirem o preconceito no *software*, ou seja, podem não estarem agindo propositalmente de má-fé, mas os algoritmos codificam o preconceito¹¹⁴, a partir de ponderações sobre os comportamentos humanos, que abrangem comportamentos racistas, misóginos, capacitistas e sexistas. Ou seja, os padrões encontrados pelos algoritmos podem revelar-se enviesados e produzir a chamada discriminação algorítmica, que ocorre quando determinado dado de um candidato a uma vaga de emprego é valorado negativo pela ferramenta de tecnologia, oferecendo, desta forma, tratamentos injustos a indivíduos por meio do resultado de suas decisões¹¹⁵.

Destarte, os algoritmos nos apresentam uma possibilidade de perpetuar preconceitos incorporados à sociedade considerando a errada asserção de que a IA é neutra, isentando as pessoas que alimentam esse banco de dados de responsabilidades pois, para além da crença de que essa tecnologia é imparcial, esses modelos matemáticos são como caixas pretas¹¹⁶, de forma que pessoas que não sejam também matemáticos ou cientistas da área, não entendem bem o seu funcionamento e, não entendendo o método, não há como recorrer ou tomar alguma

¹¹¹O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

¹¹²MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. In: **Revista Direito Público**, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov./dez 2019.

¹¹³O'NEIL, *op. cit.*

¹¹⁴O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

¹¹⁵SCHIPPERS, Laurianne-Marie. **Algoritmos que discriminam: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores**. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

¹¹⁶O'NEIL, *op. cit.*

medida contra a arbitrariedade discriminativa que tende a punir os já oprimidos da nossa sociedade¹¹⁷.

A simples análise de determinadas características de pessoas não poderia por si só ensejar uma prática discriminatória, o que ocorre é que essas ferramentas de AI que utilizam algoritmos são construídas dentro de determinada conjuntura política e cultural que são, na maioria das vezes, misóginas, racistas e homofóbicas, e os *softwares* replicam esses preconceitos, pois, diferentemente dos seres humanos, não possuem a capacidade de fazer a acepção de termos como “suficiente”, “quase”, “ruim” ou qualquer outra palavra que implique em uma avaliação subjetiva das relações humanas¹¹⁸. Desta forma, não existe IA neutra, eis que os algoritmos refletem práticas da nossa sociedade que ameaçam a integridade dos trabalhadores.

As análises de *big data* podem ser utilizadas para elaborar um prognóstico, isto é, da análise de um universo de informações, se extrai uma conclusão, um resultado. Esse conjunto de informações (*big data*) pode advir das informações prestadas pelo próprio candidato em fichas cadastrais ou até mesmo no currículo, ou informações coletadas de bancos de dados públicos, de consulta aberta e livre - como o Sistema de Informação de Beneficiários (SIB), que é o sistema que as operadoras de planos privados de saúde utilizam para enviar, mensalmente, os dados de atualização cadastral de seus beneficiários¹¹⁹ e que é mantido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar¹²⁰.

O ponto crítico da inteligência artificial é que ela aprende sozinha sobre os dados ofertados, isso significa dizer que, dentre todos os dados coligidos (*inputs*), a inteligência artificial vai deduzir e fazer “suposições” a fim de identificar um padrão para que possa reproduzir. Assim sendo, o maior perigo reside no fato de que ela é capaz de detectar os preceitos discriminatórios mesmo que não explícitos, apenas baseado na repetição de condutas humanas, que são, infelizmente, discriminatórias por natureza.

¹¹⁷Ibidem.

¹¹⁸Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. In: **Revista Direito Público**, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov./dez 2019.

¹¹⁹AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **SIB**. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/manuais-do-portal-operadoras/sib>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹²⁰PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, v. 21, p. 1279-1298, 2020.

Neste seguimento, a fim de exemplificar com casos concretos a aplicação da discriminação algorítmica nos processos seletivos, a seguir se discorrerá sobre exemplos de como os algoritmos, principalmente por meio do aprendizado de máquina, podem chegar a resultados indesejados, danosos, e até mesmo discriminatórios na esfera laboral.

Um dos casos mais notórios de discriminação algorítmica ocorreu em 2019 no processo seletivo da Amazon. Em 2014, referida empresa criou em Edimburgo, na Escócia¹²¹, um *software* equipado com *Machine Learning* para classificar currículo, selecionando automaticamente os candidatos mais talentosos. A empresa pretendia que a tecnologia selecionasse apenas cinco currículos para cada cem enviados¹²²; entretanto, a IA utilizada se descobriu ser extremamente sexista. Isso ocorreu, pois foram inseridos no sistema, como *inputs*, um banco de dados que continha os resultados das melhores contratações dos 10 anos antecedentes¹²³, e tal grupo era composto majoritariamente composto por homens, o que é apenas um reflexo do já conhecido domínio masculino em toda a indústria de tecnologia¹²⁴. Assim, através do *machine learning*, a tecnologia inferiu que homens eram melhores do que mulheres para ocuparem as vagas de emprego anunciadas, tudo pois os dados inseridos no *software* não são representativos, o que fez com que a IA replicasse preconceitos inseridos na sociedade e manifestou uma aprendizagem não neutra, punindo os currículos identificados como sendo de mulheres, diminuindo as chances de contratação¹²⁵. A Amazon, quando deteve conhecimento sobre o erro reproduzido por seu *software*, procedeu com edições de correções no programa, mas, tendo como motivação a incerteza em relação a futuras falhas e capacidade de reprodução da

¹²¹REIS, Beatriz de Felipe; GRAMINHO, Maria Caxambu. **A inteligência artificial no recrutamento de trabalhadores**: o caso Amazon analisado sob a ótica dos direitos fundamentais. XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul/RS, 2019.

¹²²REIS, Beatriz de Felipe, GRAMINHO, Maria Caxambu. **A inteligência artificial no recrutamento de trabalhadores**: o caso Amazon analisado sob a ótica dos direitos fundamentais. XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul/RS, 2019.

¹²³PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, v. 21, p. 1279-1298, 2020.

¹²⁴REIS, *op. cit.*

¹²⁵ASSOCIAÇÃO DE ENGENHEIROS BRASIL-ALEMANHA (VDI-Brasil). **Tokenismo e Discriminação Algorítmica**. 2021. Disponível em: <<https://www.vdi brasil.com/tokenismo-e-discriminacao-algoritmica/>> Acesso em: 05 mar. 2021.

discriminação quanto à classificação dos candidatos, a empresa abandonou a tecnologia para o recrutamento de empregados¹²⁶.

Outra ocorrência de discriminação algorítmica divulgada recentemente ocorreu em Boston envolvendo um estudante chamado Kyle Behm e o *software* de recrutamento de empregados desenvolvido pela empresa Kronos. Kyle sofria de transtorno bipolar e trancou seus estudos por um ano e meio para receber um tratamento adequado. Quando se sentiu pronto para voltar à ativa, conversou com um amigo que estava deixando seu emprego de meio período em um supermercado. Era uma vaga para receber um salário mínimo, e, em que pese Kyle fosse extremamente mais qualificado do que as exigências para a vaga, seu amigo falou que o indicaria para o emprego; entretanto, Kyle não foi chamado nem para a entrevista. Irresignado, procurou seu amigo que explicou que o teste de personalidade obrigatório na fase de candidatura havia o prejudicado. Referido teste de personalidade compõe o programa de seleção de funcionários desenvolvido pela empresa Kronos. À primeira vista, não parecia grande coisa perder o emprego de salário mínimo devido a um teste duvidoso, assim sendo, Kyle se candidatou para outras vagas, mas, em todos os empregos em que tentou uma contratação, recebeu as mesmas notícias, ou seja, as empresas para as quais ele estava se candidatando usavam o mesmo teste e ele não recebia ofertas¹²⁷.

Ocorre que as pessoas que se candidatam a um emprego e são dispensadas raramente ficam sabendo o motivo de terem sido rejeitadas, ou seja, por causa dos resultados de seus testes. Assim sendo, Roland, pai de Kyle, e que é advogado, entrou em contato com as empresas que seu filho havia se candidatado as informando das suas intenções de ingressar com uma ação coletiva alegando que o uso do exame durante o processo de candidatura era ilegal. Os argumentos são a equiparação dos testes de personalidade com a exigência de exames médicos na contratação que, nos Estados Unidos, é ilegal de acordo com a Lei dos Americanos com Deficiências de 1990.

A discriminação algorítmica deve ser compreendida como um fenômeno sistêmico, atual e estrutural, eis que afetam diretamente o nosso senso de

¹²⁶REIS, *op. cit.*

¹²⁷O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

pertencimento - quando se é preterido para uma vaga de emprego simplesmente por ser mulher, por exemplo. Para Tarcízio Silva, esses vieses algorítmicos discriminatórios geram as chamadas “microagressões”¹²⁸, ou seja, agressões constantemente presentes no nosso dia-a-dia, praticadas de forma velada, como na reprodução de comportamentos humanos sexistas, racistas, capacitistas e homofóbicos por máquinas de IA. Assim sendo, tais algoritmos possuem o potencial de criar uma subclasse de pessoas que já eram discriminadas e que vão sendo, pouco a pouco e sem explicação¹²⁹, excluídas do cotidiano das empresas.

Assim sendo, a utilização por empresas da IA no recrutamento de empregados não pode mais ser considerada neutra sobre diversidade, equidade e inclusão¹³⁰, não podendo mais ficarem isentas de responsabilidades pelas tomadas de decisões antiéticas que realizam¹³¹. Nesse sentido, a tecnóloga Kriti Sharma destaca no *TED talk show “How to keep human bias out of AI”*, apresentado em 2018¹³², que “se um recrutador humano fizesse isso, ficaríamos indignados e não permitiríamos [...] Apesar disso, de certa forma, a Inteligência Artificial está acima da lei, porque foi uma máquina que tomou a decisão”.

Algumas soluções podem amenizar esta problemática, como trazer mais diversidade para as empresas de tecnologia, que é um mercado ainda muito restrito, principalmente para mulheres, bem como incorporar os direitos humanos em todo o ciclo de desenvolvimento da tecnologia. Ainda, é recomendável que todos os dados que sejam inseridos em um *software*, ou seja, todos os *inputs*, sejam avaliados por uma pessoa humana, para se enquadrar nos padrões mínimos éticos desejados.¹³³

Se atentando a esses fatos e, considerando o novo modelo em ascensão adotado pelas empresas na seleção de trabalhadores, cabe agora defrontar os

¹²⁸SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais**: microagressões e discriminação em código, 30 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://tarciziosilva.com.br/blog/racismo-algoritmico-em-plataformas-digitais-microagressoes-e-discriminacao-em-codigo/>> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹²⁹O’NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

¹³⁰WORLD ECONOMIC FORUM. **HR4.0**: Shaping people strategies in the Fourth Industrial Revolution. Geneva: World Economic Forum, 2019.

¹³¹Ibidem.

¹³²HOW TO keep human bias out of AI – Kriti Sharma. ANO. 1 vídeo (12 min e 10 s). Publicado pelo Canal TED. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BRRNeBKwvNM&ab_channel=TED>. Acesso em 03 mar. 2021.

¹³³PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, Marília/SP, V. 21, n. 3, p. 1279-1298, Set./Dez. 2020.

principais riscos aos direitos fundamentais dos trabalhadores quando expostos a processos seletivos orientados por decisões automatizadas.

3.3 Riscos do processamento automatizado aos direitos fundamentais dos trabalhadores

O processo de recrutamento e seleção de trabalhadores decorre diretamente do poder diretivo do empregador previsto no art. 2º da CLT¹³⁴, sendo entendido este como um complexo de atribuições voltadas para os empregadores para a organização estrutural e espacial de negócios¹³⁵. Há um limiar dessa alçada, entretanto, que é a observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Como visto, a discriminação algorítmica ocorre quando uma ferramenta tecnológica replica comportamentos discriminatórios da sociedade, a partir de inferências de padrões dos dados que são inseridos do *software*. A título exemplificativo, o já citado caso da gigante Amazon, que o *software*, ao realizar a seleção de funcionários com fundamento no gênero, negou às mulheres a oportunidade de trabalhar, infringindo não só o direito fundamental ao trabalho, mas também o princípio da dignidade humana, que norteia todo sistema constitucional.

Jorge Luiz Souto Maior, ao discorrer sobre o uso o uso de tecnologia no ambiente de trabalho¹³⁶, principalmente no que concerne a sua utilização para a fiscalização do trabalho, traz importante conclusão que se aplica a este presente trabalho, qual seja, de que em que pese sob a ótica da filosofia moderna o trabalho dignifica o homem, paradoxalmente a utilização de tecnologia no ambiente laboral retira a dignidade humana do trabalhador, restringindo os direitos da personalidade destes, visto que a discriminação algorítmica interfere e desrespeita a intimidade e privacidade dos candidatos.

¹³⁴Art. 2º, da CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

¹³⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

¹³⁶SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à desconexão do trabalho. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 92, jan./jun. 2006. *apud* RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

Assim, o processamento automatizado no recrutamento de pessoas com base em dados pessoais traz riscos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, ofendendo os direitos humanos do candidato, principalmente ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição, bem como o princípio da igualdade, o da proteção à privacidade e à intimidade, o princípio da justiça social¹³⁷, o da não discriminação previsto no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, o direito fundamental ao trabalho, artigo 6º da Constituição, o princípio da igualdade formal previsto no art. 5º da Carta Magna, a igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência prevista no art. 4º da Lei Brasileira de Inclusão, além dos direitos trabalhistas que proíbem a discriminação como a proibição de critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil e discriminação de salários, previstos no artigo 7º da Constituição, a busca do pleno emprego garantida pelo inciso VIII do artigo 170 da Lei Maior e, principalmente, a boa-fé no tratamento de dados pessoais e a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, prevista no inciso IX do art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A Lei 13.709/2018, a LGPD¹³⁸, retoma o princípio da não discriminação contido na Carta Magna e traz importantes questões sobre discriminação no contexto do processamento automatizado que envolvam o tratamento de dados pessoais, pelo que se faz necessária a análise do seu conteúdo normativo.

Primeiramente, cabe aqui conceituar o termo “dados pessoais sensíveis”, sendo entendidos esses como “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”¹³⁹, ou seja, pode-se dizer que dados pessoais sensíveis são aqueles que são capazes de identificar uma pessoa por determinadas características pessoais que poderiam resultar em discriminação.

¹³⁷DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed São Paulo: LTr, 2019. p. 90.

¹³⁸BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹³⁹BRASIL. Vide art. 5º, II, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 28 mar. 2021.

No seu art. 11, traz um rol taxativo das hipóteses em que o tratamento de dados pessoais sensíveis poderá ocorrer, e dentre elas não se encontra a possibilidade de utilizar tais dados para a seleção de trabalhadores.

Assim, automaticamente se infere que dados concernentes à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico atraem para si atenção excepcional referente ao tratamento de dados e da tomada de decisão autônoma¹⁴⁰, não podendo serem utilizados a fim de selecionar candidatos a uma vaga de emprego, ou seja, se a empresa optar por utilizar ferramentas tecnológicas no seu processo seletivo de análise de currículos, os gerenciadores dessas operações terão que excluir dos *inputs* os dados pessoais sensíveis dos candidatos.

Apenas a título elucidativo, cabe aqui esclarecer que a anonimização dos dados sensíveis¹⁴¹ por si só não impedirá que o processamento de dados fornecido seja considerado discriminatório, o que é estritamente vedado pelos artigos 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLI, da Constituição Federal e 6º, inciso IX, da LGPD. Tal ocorre, pois, os algoritmos não são uma tecnologia imparcial e, como visto, podem reproduzir preconceitos enraizados na sociedade e refletidos no histórico dos dados fornecidos.

O titular dos dados tem sua garantia à lisura do processo seletivo insculpida no artigo 20 da LGPD, a qual dispõe que:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.¹⁴²

¹⁴⁰SCHIPPERS, Laurianne-Marie. **Algoritmos que discriminam**: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018, p.56.

¹⁴¹Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹⁴²BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

Ou seja, estabelece o direito à revisão por um ser humano das “decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais”. Constata-se, portanto, que, caso determinado algoritmo tenha ensejado tratamento discriminatório ao trabalhador para fins de recrutamento, o empregador, respeitando o princípio da transparência, previsto no artigo 6º, inciso VI, da LGPD¹⁴³, deverá conceder quaisquer informações necessárias sobre o tratamento dos dados que basearam a tomada de decisão, sob pena de ser auditada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

É alarmante a situação em que a implementação de *softwares* promove e eleva a IA a “chefes algoritmos” eis que, como já visto, tais podem refletirem preconceitos já existentes. Assim sendo, é preocupante este manejo perverso dos algoritmos, que assumem o poder do empregador¹⁴⁴.

Neste cenário, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 5.051, de 2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim que estabelece os princípios para o uso da IA no Brasil¹⁴⁵. Na exposição de motivos, o autor é claro ao referir que tal lei, se aprovada, não será um freio para o avanço da tecnologia, mas sim será para certificar que o desenvolvimento da IA ocorra conjuntamente com a valorização do trabalho humano, com a finalidade de promover o bem-estar de todos. Nesse sentido são os incisos I e II do artigo 2º:

Art. 2º A disciplina do uso da Inteligência Artificial no Brasil tem como fundamento o reconhecimento de que se trata de tecnologia desenvolvida para servir as pessoas com a finalidade de melhorar o bem-estar humano em geral, bem como:

I – o respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade;

II – o respeito aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade;¹⁴⁶

¹⁴³Vide, o artigo 6º, da Lei nº 13.709/18: As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹⁴⁴ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e 205201, 2020.

¹⁴⁵BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.051 de 2019**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>> Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁴⁶BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.051 de 2019**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>> Acesso em: 03 mar. 2021.

A proposta dada para se chegar a tal fim é de que, na utilização da IA, se terá a supervisão de uma pessoa humana no processo, de forma que se terá uma maior segurança na aplicação destas novas ferramentas tecnológicas e, nas palavras do autor, “*evitando que eventuais equívocos do sistema automatizado provoquem consequências indesejadas.*”. É o que se compreende do artigo 4º¹⁴⁷.

Ainda, se infere do artigo terceiro do referido Projeto de Lei que a IA possui como objetivo principal a promoção e harmonização do trabalho humano, bem como do desenvolvimento humano. Ou seja, que tais mecanismos tecnológicos, tal como o uso de algoritmos, são necessários ao desenvolvimento das empresas eis que, como visto, auxiliam na redução de tempo e dinheiro, mas que tal aplicação da IA deve se dar de forma conjunta ao respeito ao trabalho humano, de forma que é incabível a violação de direitos fundamentais dos trabalhadores pela utilização de *softwares* de recrutamento.

Considerando, portanto, que pelo Projeto de Lei nº 5.051, o uso da IA deve ser fiscalizado por uma pessoa humana a fim de resguardar os direitos humanos e garantir o princípio da igualdade, referida proposta legislativa também prevê a possibilidade de responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de IA, a qual será da pessoa humana supervisora do processo de aplicação da IA¹⁴⁸.

Igualmente foi aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em julho de 2011, os “Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos” que se aplicam a todos os Estados e a todas as empresas, “independentemente de seu porte, setor, localização, proprietários e estrutura”¹⁴⁹, onde ficou definido o monitoramento, a prevenção dos danos e a prestação de contas sobre os impactos adversos dos negócios nos direitos humanos¹⁵⁰. Tal documento é

¹⁴⁷Art. 4º, da Lei nº 13.709/18, dispõe: Os sistemas decisórios baseados em Inteligência Artificial serão, sempre, auxiliares à tomada de decisão humana.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹⁴⁸Art. 4º: Os sistemas decisórios baseados em Inteligência Artificial serão, sempre, auxiliares à tomada de decisão humana.

§ 2º A responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de Inteligência Artificial será de seu supervisor.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.051 de 2019**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>> Acesso em: 03 mar. 2021.

¹⁴⁹MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Princípios orientadores sobre empresas e Direitos Humanos**, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

¹⁵⁰Ibidem.

estruturado em três pilares, quais sejam (i) o dever do Estado de proteger contra abusos de direitos humanos por parte de terceiros, incluindo empresas; (ii) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e (iii) o acesso das vítimas a recursos judiciais e não-judiciais para remediar e reparar violações¹⁵¹.

Tal documento prevê que tanto os Estados quanto às empresas são responsáveis pelas violações aos direitos humanos que os empreendimentos causem, podendo ser, portanto, aplicado analogicamente ao caso apresentado no presente trabalho, qual seja, quando o empregador viola direitos fundamentais dos trabalhadores na fase pré-contratual, ainda no processo de recrutamento. Assim, as orientações ali contidas é que os Estados devem submeter tais ocorrências a apreciação judicial, permitindo a essas vítimas uma justa reparação pelo dano causado.

Assim sendo, a governança algorítmica no processo seletivo de trabalhadores deve estar estritamente relacionada com a prestação de contas bem como da auditoria dos dados utilizados por parte das empresas que utilizam essas ferramentas tecnológicas, eis que restou comprovado que pessoas serão afetadas pelas decisões tomadas pela IA, de forma que é imprescindível ofertar alternativas de responsabilização.¹⁵²

Como visto, a responsabilidade das empresas, ao abrigo do direito do trabalho, existe antes mesmo da consolidação da garantia do emprego, ou seja, já na fase pré-contratual, durante o processo de seleção e, sendo o princípio da não discriminação um dos princípios básicos da LGPD, um candidato não pode ser prejudicado pelas informações constantes nos seus currículos, ou seja, tendo como base os seus dados pessoais.

Posto isto, durante os processos seletivos devem ser evitados a utilização de dados sensíveis, como informações que sejam capazes de identificar uma pessoa pelo seu gênero, estado civil, religião, opção sexual ou cor da pele¹⁵³, de forma que as escolhas de critérios para a seleção de trabalhadores para vagas de emprego devem ser norteadas pelos direitos fundamentais dos trabalhadores.

¹⁵¹Ibidem.

¹⁵²BARBOSA, Tales Schmidke. Inteligência artificial e discriminação algorítmica. **Jota**, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

¹⁵³RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

Como a discriminação algorítmica acontece de forma “involuntária” pela IA, ou seja, o *software* apenas replica comportamentos humanos discriminatórios através dos *inputs* e, através do *machine learning*, identifica um padrão - que acaba desqualificando candidatos por suas características pessoais, tais dados sensíveis deveriam ser retirados manualmente da seleção, a fim de evitar qualquer tipo de discriminação possa ocorrer.

4. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DO EMPREGADOR

Como já visto, a fase pré-contratual corresponde à fase antecedente à formação do contrato de trabalho, ou seja, preliminar ao vínculo empregatício, quando o candidato participa de um processo de recrutamento e seleção. Sobre esta fase, há de se discutir a questão da possibilidade ou não da responsabilização do futuro empregador quando este vier a causar danos ao aspirante trabalhador, bem como se é ou não competente a Justiça do Trabalho para dirimir tais questões.

Uma obrigação é um vínculo sinalagmático que de um lado uma pessoa tem o direito de exigir uma prestação e a outra o dever de cumpri-la. Nesse sentido, para garantir a plena formação do contrato, aplica-se a figura da responsabilidade pré-contratual¹⁵⁴. Assim, concebe-se que, uma vez iniciadas as negociações - neste caso, o processo seletivo, isto por si só já se constitui como um fato apto a gerar consequências jurídicas, eis que já está caracterizada a relação jurídica entre as partes.

4.1. Responsabilidade civil pré-contratual

Quando um candidato e, portanto, um empregado em potencial, participa de um processo de recrutamento para uma vaga de emprego, gera para ele - e para a sua família, legítima expectativa de uma condição melhor de vida. Nesse sentido, em que pese não haja na fase pré-contratual um vínculo obrigacional entre as partes, há sim alguma circunstância jurídica entre o candidato e o empregador, de forma que esse contexto está abrangido pelo Direito¹⁵⁵. Assim, não há ausência de mérito jurídico nesta fase de aproximação, mesmo que ausente a figura no negócio jurídico em sentido estrito¹⁵⁶, visto que, no sistema jurídico pátrio, há também bens jurídicos que carecem de proteção especial. Resta evidente, portanto, que subsiste relação jurídica na fase pré-contratual, ou seja, na fase do processo seletivo de trabalhadores.

¹⁵⁴ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁵⁵GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1. ed. Imprensa: São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 2.

¹⁵⁶MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2015. p. 383.

Apesar de distinguir-se como disciplina e ramo autônomos, o Direito do Trabalho se utiliza do direito civilista para preencher suas lacunas e o complementar quando não for suficiente, desde que as normas insculpidas no Código Civil e no Código de Processo Civil não afrontem a CLT, bem como os princípios do Direito do Trabalho - é o que se infere do artigo 8º da CLT.

Nessa perspectiva, o direito laboral atrai para si a figura da responsabilidade civil, amparada nos artigos 186 e 927 do Código Civil, nestes termos:

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

.....
 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹⁵⁷

São pressupostos para a configuração da responsabilidade civil a conduta, o dano e o nexo de causalidade, sendo requisitos, portanto, para a responsabilidade civil bem como para a responsabilidade civil pré-contratual em uma relação trabalhista¹⁵⁸. Tem-se, assim, que a responsabilidade civil surge como sendo a figura asseguradora da reparação do dano causado a alguém em defluência da violação de um dever jurídico.

A responsabilidade pré-contratual possui como alicerce a boa-fé objetiva, o que se traduz por um padrão ético, que deve permear a relação jurídica no vínculo laboral¹⁵⁹. Assim sendo, tem-se que o dano causado na fase antecedente ao contrato não se dá pela violação de uma obrigação inerente ao contrato, mas sim de deveres

¹⁵⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁵⁸LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁵⁹LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

de conduta atinentes às partes contratantes baseados no princípio da boa-fé¹⁶⁰ objetiva.

Pode-se então, sumariamente, definir a boa-fé objetiva como sendo uma diretriz de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica, sendo que essa regra de conduta é constituída essencialmente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros da boa-fé, traduzidos nos princípios da lealdade e honestidade.

Entende-se, ainda, a boa-fé como sendo um *standard* comportamental¹⁶¹ de forma que

[o] agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional.¹⁶²

Resta cristalina a dificuldade de se conceituar especificamente a boa-fé, sem que se caia em conceitos amplos e multi significativos. Assim sendo, ante a impossibilidade de se conceituar, Judith Martins-Costa buscou classificar a boa-fé através do ordenamento jurídico brasileiro e normas positivadas no nosso Código Civil, chegando ao resultado de que a boa-fé é, pelo artigo 187¹⁶³ parâmetro para

¹⁶⁰ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹⁶¹MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé sem direito privado**: critérios para a sua aplicação. Editora Saraiva: São Paulo, 2018, p. 42.

¹⁶²Ibidem, p. 43.

¹⁶³Art. 187, do CC/02, determina que: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

averiguar se fora cometido algum ilícito, pelo artigo 113¹⁶⁴ parâmetro de interpretação dos negócios jurídicos e, pelo artigo 422¹⁶⁵, como cláusula geral dos contratos¹⁶⁶.

Importante ressaltar brevemente que, como visto, o artigo 422 do Código Civil determina que os contratantes apenas são obrigados a observarem os princípios da boa-fé na execução e na conclusão do contrato, não mencionando, portanto, a fase pré-contratual, de forma que a doutrina se responsabilizou por expandir a incidência na boa-fé também na fase preparatória do contrato, observando, para tanto, o princípio da solidariedade constitucional e o fato de que “[o] elevado grau de proximidade entre os negociantes lhes impõe especiais deveres de proteção e preservação da ‘integridade da esfera jurídica e da confiança que os uniu’”¹⁶⁷.

Assim, pela força normativa invocada pela boa-fé, se ocorrer a violação dos deveres vinculados à observância deste princípio maior, ensejará a incidência da responsabilidade civil, de forma a desencadear a obrigação de reparação do dano causado¹⁶⁸.

Assim, os danos que forem injustamente causados pelo empregador na fase de recrutamento de trabalhadores à uma vaga de emprego podem ensejar o dever de indenizar, obrigação esta que deriva da ruptura de deveres de conduta¹⁶⁹ baseados pela boa-fé.

Esta obrigação de indenizar, como já referido, decorre da responsabilidade civil, sendo esta dividida tradicionalmente entre contratual e extracontratual. Importante, portanto, realizar a distinção entre estes dois institutos.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino afirma que a diferenciação entre estes dois institutos se alicerça na teoria das fontes do direito, que prescreve que o

¹⁶⁴Art. 113, do CC/02, dispõe: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁵Art. 422, do CC/02: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁶⁶MARTINS-COSTA, Judith. **Boa-fé sem direito privado**: critérios para a sua aplicação. Editora Saraiva: São Paulo, 2018, p. 282.

¹⁶⁷TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Grupo GEN: Rio de Janeiro, 2020.

¹⁶⁸Ibidem.

¹⁶⁹MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 282.

comportamento humano não deve ser pautado apenas na lei, mas também em distintas fontes, que não sejam a manifestação de vontade estatal¹⁷⁰.

Responsabilidade civil contratual, como a própria denominação explícita, é aquela derivada da não observância de uma obrigação de prestar proveniente do acordo das partes, ou seja, “aquela proveniente de infração à auto-regulamentação”¹⁷¹; entretanto, este ajuste firmado não precisa ser necessariamente um contrato, podendo ser qualquer negócio jurídico celebrado que imponha o dever de observância de deveres gerais.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual é aquela que é atraída diante de uma “inobservância de deveres gerais impostos pelo Estado”¹⁷², ou seja, aquela que tem na sua origem uma infração a um princípio geral do Direito ou à Lei. Em suma, pode se dizer que decorre de um dever indistinto de não causar dano a outrem.

Gustavo Tepedino¹⁷³ conclui sua exposição sobre as diferentes formas do instituto da responsabilidade civil afirmando que à ofensa a preceitos impostos pela boa-fé podem ensejar responsabilização tanto pela contratual quanto pela extracontratual, a depender da relação havida entre as partes - se for uma relação contratual ou mesmo provinda de um negócio jurídico, aplicar-se-á a responsabilidade contratual, ao passo que os deveres advindos de um contrato social¹⁷⁴ atraem para si a responsabilidade extracontratual.

O que ocorre na fase preliminar ao contrato é que, ainda no processo de recrutamento, as partes atraem para si deveres de conduta decorrentes da boa-fé, e devem agir de acordo com estes, assim sendo, para o estudo do presente trabalho, será posta em análise a responsabilidade civil quando esta se caracterizar como sendo extracontratual, visto que há uma relação jurídica entre as partes - e não um negócio jurídico *stricto sensu*.

É consabido que as relações laborais são assimétricas, sendo o empregado a parte mais frágil da relação, subordinado ao empregador, a quem é dado o poder, eis que é a parte que assume os riscos da atividade econômica de dirigir a prestação

¹⁷⁰TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Grupo GEN: Rio de Janeiro, 2020.

¹⁷¹Ibidem, p. 10.

¹⁷²Ibidem, p.10.

¹⁷³Ibidem.

¹⁷⁴Ibidem.

pessoal de serviço. Diante desse contexto, surge na esfera jurídica laboral o princípio máximo das relações trabalhistas, qual seja, o da proteção do trabalhador. Esse princípio irradia e serve de base para demais princípios, mais concretos, sendo estes, a título exemplificativo, os princípios da primazia da realidade e o da continuidade.

Ocorre que o princípio da proteção deriva do princípio da boa-fé, pois tal impõe ao empregador deveres de proteção ao empregado, tanto quanto à figura do trabalhador quanto à pessoa humana, devendo o empregador respeitar os bens jurídicos tutelados, tanto os patrimoniais quanto os extrapatrimoniais, impondo-lhe ainda deveres anexos, como o dever de informar e de lealdade.

Nesse sentido, através da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004 a Justiça do Trabalho desenvolveu maior autonomia e passou a ser competente por diversos outros temas antes não abrangidos pela justiça laboral, de forma que se apropriou de “ferramentas civilistas para proteger os cidadãos e garantir direitos”¹⁷⁵.

À vista disso, o dano na fase antecedente ao contrato não deriva de uma violação a uma obrigação principal inerente ao contrato, e sim de um dever anexo, tocante às partes da relação laboral, guiado pelo princípio da boa-fé, sendo este entendido como o agir tendo consideração o outro sujeito da relação, de modo a não ferir os seus direitos fundamentais.

Tem-se, portanto, que na fase pré-contratual das relações trabalhistas, qualquer prática que vier a causar dano ao empregador - e aqui inclui-se o tratamento discriminatório, irá configurar ato ilícito por parte do empregador/recrutador o que resultará no dever deste de indenizar o candidato fundamentado nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

4.2. O Dano moral nas relações laborais

Seguindo a linha contratualista já abordada, conceitua-se o contrato de trabalho como sendo ato jurídico perfeito e complexo capaz de acarretar distintos direitos e obrigações entre as partes, o que o caracteriza como um nítido contrato sinalagmático. Deste modo, tanto a figura do empregador como do empregado são afetados por

¹⁷⁵ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boafefe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

obrigações decorrentes do contrato firmado entre as partes, e essas obrigações derivam de efeitos do acordo entre as partes, que podem ser efeitos próprios e inerentes ao contrato ou, ainda, efeitos conexos a este.

Como o próprio nome indica, é clarividente que os efeitos próprios são aqueles derivam do próprio contrato e das cláusulas ali estabelecidas, assim, Maurício Godinho Delgado as classifica como “repercussões obrigacionais inevitáveis à estrutura e dinâmica do contrato empregatício ou que, ajustadas pelas partes, não se afastam do conjunto básico do conteúdo do contrato”¹⁷⁶.

O autor cita como exemplo de efeitos próprios do contrato a obrigação de o empregador remunerar o empregado e a obrigação de o empregado laborar para quem o contratou, colocando-se “profissionalmente à disposição do empregador”¹⁷⁷. Depreende-se, portanto, que as obrigações decorrentes dos efeitos próprios do contrato são as mesmas que caracterizam a figura do empregador e do empregado, assim como estabelecido nos artigos 2º e 3º da CLT¹⁷⁸.

De outra banda, efeitos conexos não resultam da natureza do contrato ou de suas cláusulas expressas. São, por outro lado, efeitos que possuem caráter de acessoriedade que, respeitando a boa-fé, associam-se ao contrato. Destarte, podem ser entendidos como “efeitos que não têm natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele”¹⁷⁹.

À vista disso, as indenizações por danos morais podem ser intituladas como um dos clássicos efeitos conexos do contrato de trabalho trabalhista e, a partir da inserção do instituto na esfera constitucional, os danos extrapatrimoniais vêm se tornando um dos mais importantes nos últimos tempos¹⁸⁰.

¹⁷⁶DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: São Paulo: LTr, 2019, p. 730.

¹⁷⁷Ibidem, p. 730.

¹⁷⁸Art. 2º, da CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º, da CLT: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

¹⁷⁹DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: São Paulo: LTr, 2019, p. 730.

¹⁸⁰Ibidem, p. 730.

Dano moral consiste em uma lesão de direitos não pecuniários ou passíveis de serem redutíveis a dinheiro¹⁸¹, como paradigma os direitos inerentes à personalidade do ser humano, como a inviolabilidade de interesses imateriais que são reconhecidos e protegidos juridicamente¹⁸².

O dano moral é um direito constitucionalmente garantido, tendo a sua previsão decorrente da imposição da responsabilidade civil e dos princípios da dignidade da pessoa humana em proteger as vítimas de danos injustos¹⁸³, estando previsto nos incisos V e X do art. 5º da CF, como assim se depreende:

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:

.....
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

.....
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;¹⁸⁴

Ainda, além de possuir assento constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, a compensação do dano extrapatrimonial ainda está prevista na CLT, tendo sido positivada com o advento da “Reforma Trabalhista”, Lei nº 13.467/2017, a qual introduziu no diploma legal o novo Título II-A, “Do Dano Extrapatrimonial”, o qual é composto pelos artigos 223-A até 223-G¹⁸⁵. Nesse sentido, dá-se especial atenção aos seguintes artigos:

¹⁸¹TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Grupo GEN: Rio de Janeiro, 2020.

¹⁸²LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva: São Paulo, 2021.

¹⁸³TEPEDINO, *op. cit.*

¹⁸⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁸⁵DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: São Paulo: LTr, 2019, p. 731.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

.....

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.¹⁸⁶

Carlos Henrique Bezerra defende que, embora tenha sido expressamente positivado somente em 2017 na legislação laboral, não se pode dizer que o instituto do dano moral não estava presente na CLT anteriormente a novembro de 2017. Isso se dá pelo fato de que, antes do arranjo da legislação trabalhista, a CLT já previa a possibilidade de o empregado cobrar uma reparação do empregador por prejuízos derivados de uma rescisão sem justa causa em contratos a termo¹⁸⁷ na forma do artigo 480¹⁸⁸. Ainda, assevera o autor que, se infere a presença da figura dos danos extrapatrimoniais no artigo 483¹⁸⁹ do mesmo diploma legal, o qual estabelece as hipóteses de cabimento da rescisão indireta, prevendo que, além das verbas rescisórias a que o empregado normalmente faz jus, há uma devida indenização.

Como referido supra, o dano extrapatrimonial é um reflexo conexo ao contrato de trabalho; ocorre que a fase preparatória, ou seja, a fase pré-contratual - que é o objeto do presente estudo, se caracteriza justamente pela não existência de um contrato formal de trabalho firmado entre as partes, de forma que ainda não há a relação empregatícia *stricto sensu*. Destarte, há a mera expectativa de contratar e a expectativa de ser contratado; entretanto, como visto, o prejuízo e/ou a violação de direito ao candidato na fase pré-contratual e o conseqüente direito a uma justa

¹⁸⁶BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁸⁷LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva: São Paulo, 2021, p. 31.

¹⁸⁸Art. 480, da CLT: Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

¹⁸⁹Art. 483, da CLT: O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

reparação é derivada do princípio da boa-fé, que deve incidir em todas as etapas do contrato. Assim, em que pese a relação ainda não tenha sido concretizada através de um contrato sinalagmático formal, o dano moral pode ser verificado também na fase pré-contratual, estando o candidato a uma vaga de emprego abrigado pelo instituto do dano moral¹⁹⁰.

Este vai restar caracterizado quando, como visto, o empregador exceder os seus limites na fase preparatória do contrato, ou seja, durante o processo de seleção, entrevista e treinamento¹⁹¹, notadamente quando este incorrer em práticas abusivas e discriminatórias como “coação por assédio sexual, exames físicos degradantes ou vexatórios, publicidade maliciosa ao candidato homossexual ou portador do vírus HIV”¹⁹², assim como o dano moral também restará caracterizado quando o empregado deixa de contratar alguém por motivo de sexo, religião, raça, situação familiar e qualquer outra característica inerente à pessoa que excedam as qualidades que o caracterizam como profissional. Isto posto, a discriminação no trabalho, mesmo que na fase antecedente ao contrato formal, viola a dignidade da pessoa humana, lesando os direitos e garantias individuais dos cidadãos, como pessoa e como empregador.

Nesse sentido, iniciou-se um movimento entre os aplicadores do direito, notadamente advogados, magistrados e doutrinadores, visando o reconhecimento dos danos morais em razão de seleções discriminatórias de trabalhadores, de forma que a jurisprudência se firmou no sentido de que “cabem compensações por danos morais, pois a seleção discriminatória ou vexatória é um ilícito civil que se causar um dano gera direito à reparação”¹⁹³.

Assim, conclui-se que é plenamente cabível a responsabilidade do empregador por prejuízos extrapatrimoniais que vier a causar a um candidato a uma vaga de emprego, se esse ilícito cometido provier de práticas discriminatórias. Essa responsabilidade será de cunho objetivo, que surgiu com a insuficiência da dogmática

¹⁹⁰LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

¹⁹¹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva: São Paulo, 2021.

¹⁹²Ibidem.

¹⁹³ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

da responsabilidade subjetiva e estritamente vinculada a teoria do risco empresarial¹⁹⁴, de forma que a caracterização da responsabilidade objetiva se dará através da verificação de três elementos essenciais, sendo estes o ato que gerou o dano, o dano *stricto sensu* e o nexo causal entre a atividade deflagradora e o dano.

O instituto da responsabilidade objetiva para reparar ilícitos que causem danos extrapatrimoniais é essencial, eis que visam poupar as vítimas da instrução probatória, pois o ônus de provar a culpa ou o dolo do ofensor não se mostra razoável diante da disparidade de poderes entre as partes em uma relação laboral e da primordialidade de garantir a justa reparação pelos danos causados à luz da solidariedade social¹⁹⁵.

4.3. Competência da Justiça do Trabalho

O trabalho é fonte de renda para o trabalhador, eis o mesmo troca a sua força de trabalho por um salário, o qual garante a sua subsistência e de sua família, garantindo suas necessidades básicas; entretanto, em que pese a importância que um emprego e, conseqüentemente um salário, tenha na vida das pessoas - o que se corrobora pelo caráter alimentar que o salário possui, é consabido que o mercado de trabalho está cada vez mais saturado, tornando-se cada vez competitivo e impositivo, fazendo com que pessoas compitam acirradamente por vagas de salários mínimos.

Assim e, considerando a disparidade de forças entre as partes que compõem a relação trabalhista, sendo o empregado ou, neste caso, o candidato a uma vaga de emprego, a parte hipossuficiente e frágil da relação, o Estado deverá intervir a fim de salvaguardar os direitos mínimos desta parte mais vulnerável e indefesa. E a concretização de tal proteção se dá através da Justiça do Trabalho, sendo esta justiça especializada responsável por condenar as ações tirânicas e desproporcionais dos empregadores¹⁹⁶.

¹⁹⁴TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** - Responsabilidade Civil - Vol. 4. Grupo GEN: Rio de Janeiro, 2020.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boafé-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Nesse sentido, foi promulgada a EC 45 de 2004, a qual ampliou largamente a competência da Justiça do Trabalho. Anteriormente à citada Emenda, os atos dos aplicadores do direito se limitavam às relações de emprego, ao passo que após a sua promulgação, a justiça especializada também passou a ser competente para julgar qualquer ação decorrente de relações de trabalho, o que significa abranger as causas passíveis de serem julgadas por juízes, desembargadores e ministros trabalhistas e à luz do direito laboral. Tal ampliação foi de extrema importância, eis que se tornou possível se fazer mais justiça, não se aplicando estritamente a “letra fria da lei”¹⁹⁷, ou seja, a competência para julgar as questões atinentes a relações trabalhistas passou a ser muito mais adequada frente à crescente dinamização das relações laborativas.

A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho restou positivada nos incisos I e IX do artigo 114 da CF:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

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

.....
IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.¹⁹⁸

Portanto, inexistindo um contrato de trabalho *stricto sensu* e as características de um vínculo de emprego, previamente à EC 45/2004 não seria a justiça especializada competente para julgar tais questões; entretanto, após a expansão da competência material conferida à Justiça do Trabalho, infere-se que, sendo esta competente para julgar “ações oriundas da relação de emprego” e “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, a via dos tribunais trabalhistas para julgar matérias atinentes à fase preliminar do contrato de trabalho, ou seja, ainda na seleção dos trabalhadores, é perfeitamente adequada.

¹⁹⁷Ibidem.

¹⁹⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

E nesse sentido vem sendo o entendimento compartilhado pelos egrégios tribunais regionais trabalhistas, a exemplo do julgado nos autos do processo nº 00015258020185070029, onde a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, por maioria, rejeitou a preliminar arguida pelo recorrente de incompetência e determinou ser a justiça laboral competente para julgar e processar demanda que envolve questão atinente à nomeação e convocação de servidora municipal:

RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Em se tratando de pretensão relativa à fase pré-contratual, impõe-se a competência desta Justiça Especializada para examinar o presente feito, à luz do art. 114, I, CF. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas estipuladas em edital confere ao aprovado direito subjetivo à nomeação e posse no cargo almejado. Recurso ordinário conhecido e improvido. (TRT-7 - RO: 00015258020185070029, Relator: MARIA JOSE GIRA0, Data de Julgamento: 12/12/2019, Data de Publicação: 12/12/2019)¹⁹⁹

A Turma fundamentou o seu entendimento justamente no inciso I do artigo 114 da CF que, como visto, é a expressão positivada da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, refutando, assim, a tese da parte recorrente de que a relação havida entre as partes possui natureza administrativa, eis que, mesmo se tratando de relação futura, ou seja, ainda se estar na fase pré-contratual, a relação havida entre as partes possui nítida índole trabalhista.

No mesmo sentido foi entendimento da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região ao julgar recurso interposto pela reclamada, a qual se insurgiu contra a competência da Justiça do Trabalho em demanda que versa sobre a preterição de candidato que prestou concurso público para integrar o quadro de empregados celetistas de sociedade de economia mista. Entendeu a Turma, por unanimidade, que a justiça laboral é competente para julgar o caso, tendo em vista

¹⁹⁹CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário nº 00015258020185070029. Recorrente: Município de Tianguá. Recorrido: Agnes da Costa Dib Ferreira. Relator: Des.ª Maria José Girão. Fortaleza, 12 dez. 2019. Disponível em: <<https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792541490/recurso-ordinario-trabalhista-ro-15258020185070029/inteiro-teor-792541519>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

que a lide se refere à fase pré-contratual que antecede à prestação de trabalho propriamente dita (sendo entendida essa fase antecedente como sendo a própria realização do concurso público), eis que a vaga para qual foi aberto certame foi em sociedade de economia mista, havendo sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, tratando-se inequivocamente de relação laboral:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. Nos termos do art. 114, I e IX, da Constituição, inclui-se na competência da Justiça do Trabalho o julgamento de litígios nos quais é alegada a preterição do candidato que prestou concurso público para integrar o quadro de empregados celetistas de sociedade de economia mista. Os fatos que envolvem a fase pré-contratual também são de competência desta Justiça Especializada. Provimento negado. (TRT-4 - ROT: 00218780220165040028, 4ª Turma, Data de Publicação: 24/05/2018)²⁰⁰

Além de igualmente arguir a aplicação dos incisos IX e I do art. 114 da CF, a Turma também baseou seu entendimento na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF), do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do próprio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Em demanda com objeto diverso dos já apresentados, envolvendo dois particulares em controvérsia relativa à indenização por danos morais decorrentes de uma promessa de admissão e retenção injustificada da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), também entendeu a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região pela competência da justiça especializada para julgar o feito, na forma do artigo 114, IX, da Constituição da República:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APRECIÇÃO DE QUESTÕES RELACIONADAS À FASE DE PRÉ-CONTRATAÇÃO. FUTURA RELAÇÃO DE TRABALHO. Questão decorrente de potencial e futura relação de emprego é afeta à fase pré-contratual e atrai a competência desta Especializada para julgamento da lide, que é competente para processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (art. 114, IX, da Constituição da República). (TRT-3 - RO: 00234201304003002 0000234-

²⁰⁰RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 00218780220165040025. Recorrido: PROCERGS – CIA de Processamento de dados do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrente: Rodrigo Fietz Peña. Relator: Des.ª Ana Luiza Heineck Kruse. Porto Alegre, 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3299>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

96.2013.5.03.0040, Relator: Sercio da Silva Pecanha, Oitava Turma, Data de Publicação: 08/11/2013,07/11/2013. DEJT. Página 115. Boletim: Não.)²⁰¹

Entendeu referida Turma que a potencial e futura relação de emprego é afeta à fase pré-contratual, de forma atraindo a competência da Justiça do Trabalho para julgamento da lide, eis que é a via competente para processar e julgar controvérsias decorrentes da relação de trabalho, inclusive sobre condutas ilícitas e o abuso de direito ainda na fase pré-contratual.

Da mesma forma entendeu a 2ª Turma do TST nos autos do processo nº 7907820135220102, que envolveu discussão acerca de fatos atinentes à fase pré-contratual. Declarou a Turma que, independentemente de não se perfectibilizar a relação de trabalho, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, visto que tal competência material, contida nos incisos I e IX do art. 114 da CF, é conferida em razão da relação de emprego, o que abrangeria inclusive a fase pré-contratual:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. FASE PRÉ-CONTRATUAL DA RELAÇÃO DE TRABALHO. Na hipótese dos autos, conforme consignado no acórdão regional, "a pretensão inicial se refere a fatos relacionados à fase pré-contratual, com possibilidade de contratação nos moldes celetista. Destarte, mesmo em não se configurando a relação de trabalho, competente é a Justiça Laboral para apreciar a matéria, posto que tal competência material é conferida em razão da relação de emprego, englobando inclusive a fase pré-contratual, subsumindo-se a hipótese aos preceptivos do art. 114, I, da Constituição Federal". Portanto, o fato controvertido, apesar de referir-se à fase pré-contratual, está relacionado ao contrato de trabalho, o que é suficiente para determinar a competência do Judiciário Trabalhista, em face do artigo 114, inciso IX, da Constituição Federal (precedentes). Agravo de instrumento desprovido. [...] (TST - AIRR: 7907820135220102, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 06/09/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: 15/09/2017)²⁰²

²⁰¹MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000234-96.2013.5.03.0040. Recorrido: Iveco Latin America LTDA. Recorrente: Massima Alimentação S.A. e Helena Gonçalves da Costa. Relator: Des. Sercio da Silva Pecanha. Belo Horizonte, 08 nov. 2013. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3299>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁰²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 7907820135220102. Agravante: Município de São Raimundo Nonato. Agravado: Erlando Ribeiro dos Santos. Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Brasília, 15 set. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/35ce429ead94fcd2e35864b74918d5c0>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Ainda, a 2ª Turma asseverou que a decisão está em consonância com a jurisprudência consolidada do TST, a qual entende ser da Justiça do Trabalho a competência para examinar questões originadas na fase pré-contratual.

4.4. Jurisprudência relativa à indenização por dano moral na fase pré-contratual

Como visto, é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar questões que antecedem o contrato de trabalho, ainda na fase das tratativas. E, nessa perspectiva, também vêm entendendo os Tribunais do Trabalho de que é possível a propositura de ações a fim de responsabilizar o empregador por ações ou omissões na fase pré-contratual, quando se verificar violações dos princípios da probidade e da boa-fé, assim como insculpido no art. 422 do Código Civil, eis que decorre de uma inobservância a um dever de conduta, e desde que o dano causado seja decorrente da relação de trabalho. Nesse sentido foi o entendimento da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. A responsabilidade civil do empregador não está limitada ao período contratual, podendo também alcançar a fase pré-contratual. É que tanto o empregado quanto o empregador, ao firmarem um contrato de trabalho, ou até mesmo durante as tratativas anteriores à sua efetivação, incorporam o dever de lealdade contratual, que impõe a adoção de condutas dentro de um limite de consideração, colaboração, cooperação e confiança para com o outro sujeito da relação. Este é o conceito oriundo do art. 422 do Código Civil, aplicado subsidiariamente no direito do trabalho por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT. (TRT-1 – RO: 12059620115010205 RJ, Relator: Angelo Galvao Zamorano, Data de Julgamento: 10/07/2013, Décima Turma, Data de Publicação: 22/07/2013)²⁰³

Ainda, a jurisprudência é unânime no tocante à garantia a uma justa indenização/reparação a quem é submetido a processos seletivos discriminatórios, que afrontam a sua dignidade como pessoa humana e a sua intimidade. Ou seja, é competente a Justiça do Trabalho para dirimir tais questões, bem como têm direito à

²⁰³RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário 1205962011501020. Recorrido: Ana Clara Vale Lima. Recorrente: Masan Alimentos e Serviços LTDA. Relator: Des. Angelo Galvao Zamorano. Rio de Janeiro, 22 jul. 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/496911/1/00012059620115010205%2322-07-2013.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

indenização por danos morais aqueles que sofreram discriminação na fase pré-contratual da relação de emprego.

Nesse sentido foi o que decidiu, por unanimidade, a 2ª Turma do TST ao julgar um Agravo de Instrumento interposto por reclamante em face da decisão denegatória do Recurso de Revista proferida pelo Tribunal Regional da 13ª Região. O caso em análise envolveu discussão acerca da exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como critério de admissão no emprego, ou seja, se tal prática patronal enseja indenização por danos morais ao candidato.

Os ministros que compunham a turma, em exame de admissibilidade, entenderam haver suposta violação aos artigos 1º, III; 5º, II e X; 7º, XXX e 170, VIII, todos da CF, bem como ao artigo 1º da Lei nº 9.029/95 e artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Nesse sentido, a prática patronal do caso em análise encontrou óbice na dignidade da pessoa humana, positivada no ordenamento jurídico pátrio no inciso III do artigo 1º da CF, assim como no direito fundamental à busca do pleno emprego garantida pelo inciso VIII do artigo 170, também da Carta Magna. Ainda, como já visto, o artigo 1º da Lei 9.029/95 se caracteriza como um limite ao poder de direção do empregador na fase pré-contratual da relação de emprego, proibindo a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho. No caso ora analisado, tendo o empregador violado tais dispositivos legais, o trabalhador em potencial fez jus a uma justa reparação, com fulcro nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, eis que, como já explorado neste presente trabalho, o direito laboral incorpora a figura da responsabilidade civil na forma do artigo 8º da CLT.

Assim, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, a turma julgadora deu provimento ao agravo de instrumento e o converteu em recurso de revista para julgar o mérito, restando por reconhecer a ilicitude da exigência de certidão de antecedentes criminais no processo seletivo de empregados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXIGÊNCIA. PLAUSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, DA LEI 9.029/95, 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. Ante a possível violação dos arts. 1º, da Lei 9.029/95, e 186 e 927 do Código Civil,

bem como dissenso jurisprudencial, torna-se recomendável o processamento do recurso de revista, a teor do artigo 896, a e c, da CLT, para melhor análise de suas razões. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONFIGURAÇÃO. A Lei 9.029/95 proíbe a adoção de práticas discriminatórias para admissão ou manutenção da relação de trabalho e, portanto, configuram lesão moral passível de indenização condutas discriminatórias que violem o princípio da dignidade e intimidade da pessoa humana, previstos nos artigos 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal. Logo, a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como critério para admissão ao emprego revela conduta discriminatória que avilta a dignidade da pessoa humana e a do trabalhador, configurando lesão moral passível de indenização, por expor a intimidade e a integridade do candidato ao emprego, devendo estar restrita às hipóteses previstas em lei. Precedentes contra a mesma agravada. Recurso de revista conhecido e provido. [...] (TST - RR: 2372009720135130007, Relator: Claudio Armando Couce De Menezes, Data de Julgamento: 19/11/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: 28/11/2014)²⁰⁴

Assim, incorreu o empregador em injustificada discriminação quando se utilizou de critérios que não guardam relação com fatores técnicos do empregado, eis que as especificações exigíveis do candidato devem ser vinculadas unicamente com os requisitos técnicos para a vaga, sem estender para a esfera íntima e pessoal do candidato. Desse modo, não foram observadas as normas que visam proteger o trabalho e que vedam o uso de condutas discriminatórias em processos seletivos, pelo que decidiu a Turma por conceder ao empregador indenização por danos morais no importe de R\$ 4.000,00.

De igual forma foi o decidido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região em acórdão que julgou Recurso Ordinário nos autos do processo nº 0002102-48.2010.5.20.0006, tendo entendido os desembargadores por manter a decisão de origem que deferiu à autora indenização por danos morais no valor de R\$ 5.100,00. Trata-se de situação em que o empregador, ao receber o currículo da candidata, realizou anotação no sentido de que a mesma possuía excesso de peso, restando caracterizada conduta ilícita por parte do contratante, tendo em vista que afetou direito personalíssimo da trabalhadora, impondo a ela situação constrangedora humilhante:

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL - FASE PRÉ-CONTRATUAL - Levando-se em conta o exposto texto Constitucional do inciso XXVIII c/c inciso VI do artigo 114, em plena consonância com a Súmula

²⁰⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2372009720135130007. Agravante: Joseano Ribeiro Rodrigues. Agravado: Alpargatas S.A.. Relator: Min. Claudio Armando Couce De Menezes, Brasília, 28 nov. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/54228116750a5bd8bbc9bc7c82a398aa>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

nº 736 do Supremo Tribunal Federal, tem-se que é competente a Justiça Laboral para processar e julgar causas referentes a dano moral oriundo da relação de trabalho, na sua fase pré-contratual. Preliminar que se rejeita. DANO MORAL - DISCRIMINAÇÃO EM FASE PRÉ-CONTRATUAL - COMPROVAÇÃO -- INDENIZAÇÃO DEVIDA - Existindo nos autos comprovação de que a reclamante fora dispensada durante entrevista admissional de forma discriminatória, por ter sido considerada com -excesso de peso-, há de ser mantido o decisum originário que deferiu a indenização por danos morais vindicados na exordial.[...] (TRT-20 - RO: 21024820105200006 SE 0002102-48.2010.5.20.0006, Data de Publicação: 05/05/2011)²⁰⁵

Destarte, o entendimento se firmou no sentido de que o empregador extrapolou o seu poder de direção ao admitir candidatos, pois se isentou de observar unicamente aqueles que atendessem suas expectativas e necessidades para a vaga oferecida, de forma que acabou protagonizando situação vexatória e ato discriminatório na fase pré-contratual, pois a candidata (e autora da ação) fora preterida em razão de seu peso.

Em que pese a discriminação por causa do peso de uma pessoa não esteja expressamente positivada, a sua vedação encontra amparo nos róis não taxativos da alínea “b” do artigo 1º da Convenção nº 111 da OIT bem como no artigo 1º da Lei nº 9.029/95, os quais vedam a adoção de qualquer prática discriminatória ou que causem exclusão e distinção para efeito de acesso à relação de trabalho e preveem a igualdade de tratamento nas relações de emprego.

Por fim, a 3ª Turma do TST julgou Agravo de Instrumento autuado sob o nº 31698005020095090012, no qual também restou comprovado ato ilícito da empregadora. Tal fato se deu, pois a mesma deixou de observar o tratamento diferenciado que os portadores de deficiência carecem em matéria de emprego, obstando o acesso da candidata à vaga, vez que lhe foi exigida a submissão a testes físicos não adequados e adaptados, de forma que a empresa deixou de contratar portadores de deficiência mesmo que aprovados no concurso, ante a ausência da prova de aptidão física:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. Em relação à pretensão de reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho, este C. Tribunal tem entendimento firmado no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer

²⁰⁵SERGIPE. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Recurso Ordinário: 21024820105200006. Recorrido: Joyce Moraes dos Santos. Recorrente: Village Motéis LTDA. Relator: Des.ª Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira. Aracaju, 05 mai. 2011. Disponível em: < <https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19676846/recurso-ordinario-ro-21024820105200006-se-0002102-4820105200006>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

e julgar pedido relacionado a período pré-contratual, decorrente da não convocação de aprovados em concurso público, caso dos autos. Quanto ao dano moral, o quadro fático delineado pelo e. TRT registra expressamente que restou comprovada a atitude ilícita da empresa ao deixar de observar os preceitos legais que impõem tratamento diferenciado aos portadores de necessidades especiais, tendo obstado o acesso da Autora ao emprego para o qual se dispôs a prestar concurso público, criando-lhe a falsa expectativa de que concorreria a uma vaga para portador de deficiência, porém, sendo surpreendida com a exigência de submissão a testes físicos de mesmo grau de dificuldade dos elaborados para os candidatos que não concorriam às vagas especiais, deixando a empresa de contratar portadores de deficiência aprovados no concurso porque não aprovados na prova de aptidão física. Nesse contexto, demonstrada a conduta discriminatória por parte da empresa, há o dever de indenizar. Não desconstituídos os fundamentos do despacho denegatório, não prospera o agravo de instrumento destinado a viabilizar o trânsito do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR: 31698005020095090012, Relator: Alexandre De Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/11/2014)²⁰⁶

Veja-se que a empresa se furtou de realizar a chamada discriminação positiva, sendo esta uma forma lícita de distinção de trabalhadores, eis que, ao não adequar as provas às necessidades dos candidatos, as limitando às pessoas sem deficiência física, o empregador não observou o dever de igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência prevista no artigo 4º da Lei Brasileira de Inclusão, além de ter violado o art. 1º da Lei 9.029/95, que proíbe expressamente a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso à relação de trabalho em razão de deficiência.

Conclui-se, portanto, que sempre que restar comprovada discriminação, bem como ofensa à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais do empregado e a preceitos impostos pela boa-fé no processo de seleção a uma vaga de emprego, e não for realizada a contratação em decorrência de tais fatos, deverá haver a compensação dos danos causados à moral do candidato, mesmo que a lesão aos direitos do candidato ocorra apenas em fase pré-contratual.

²⁰⁶BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 31698005020095090012. Agravante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Agravada: Maria von Kruguer Lacerda. Relator: Min. Alexandre De Souza Agra Belmonte, Brasília, 07 nov. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ca6a19b5213af00b28f30bc3e70cec09>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

5. CONCLUSÃO

De início, é relevante destacar que tem havido um significativo aumento da inserção de tecnologias no ambiente laborativo, principalmente no que concerne ao processo de recrutamento, eis que, a análise de currículos por máquinas economiza tempo e dinheiro para os empregadores.

Assim, neste trabalho, buscamos estudar as situações em que ocorre a discriminação pré-contratual quando utilizada inteligência artificial no processo de recrutamento de empregados - com foco na discriminação algorítmica, pretendendo examinar o cabimento das consequências legais. Assim, intentamos apurar o cabimento de dano moral ao candidato que foi discriminado por um *software* de recrutamento na fase de seleção para uma vaga de emprego.

Para este fim, foi feito um levantamento sobre o conceito de relação de emprego, concluindo-se que este possui natureza contratual, de forma que foi possível enquadrar a discriminação no processo seletivo de trabalhadores na fase pré-contratual, ou seja, antecedente à relação de emprego em sentido lato. Verificamos, nesse sentido, que não há previsão positivada acerca desta fase específica, de forma que coube aos doutrinadores começar a estender o amparo da justiça laboral a fatos que ocorreram anteriormente ao firmamento do contrato, o que fora corroborado pela jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do TST, analisada no último capítulo, que comprovam que cabem danos morais ao empregado na fase pré-contratual bem como ser competente a Justiça do Trabalho para dirimir tais questões.

Analisamos, ainda, os limites do poder diretivo que o empregador possui na fase que antecede ao contrato, sendo essas balizas, sejam positivadas ou não, pautadas na preservação da dignidade da pessoa humana, nos direitos fundamentais dos candidatos (como trabalhador e como pessoa) e na boa-fé, de forma que o dano na fase antecedente ao contrato não deriva de uma violação a uma obrigação principal inerente ao contrato, e sim de um dever anexo, tocante às partes da relação laboral, guiado pelo princípio da boa-fé. O dano moral, em que pese ser entendido como dever anexo do contrato, será aplicado na presente hipótese pela violação da boa-fé, tendo em vista que incide na hipótese a responsabilidade extracontratual, ou seja, na violação de balizas de conduta, que é a boa-fé, quando ainda não se tem um contrato em sentido estrito, que é um reflexo da proteção ao empregado.

Destacamos a relevância da boa-fé para o estudo deste trabalho, tendo em vista que se trata de um parâmetro de conduta a ser seguido durante o período negocial, inclusive no pré-contratual o qual, sendo descumprido, acarretará em consequências como a indenização por danos morais ao candidato lesado no processo seletivo. Ainda, salientamos a importância da preservação da dignidade da pessoa humana, sendo esta o pilar das relações sociais, de forma que para mantê-la é necessária a promoção, conservação, e proteção dos direitos e garantias fundamentais, o que não pactua com nenhum tipo de discriminação.

Assim, concluímos que a discriminação praticada pela inteligência artificial, principalmente a discriminação algorítmica no recrutamento de empregados, proveniente da violação aos direitos da personalidade através da utilização de critérios pessoais do candidato a uma vaga de emprego, se caracteriza como ato que fere o princípio da dignidade da pessoa humana e da boa-fé, que estão presentes e incidem desde a fase pré-contratual. Assim, o empregado potencial atrai para si o direito à uma justa reparação por danos morais provocado pela conduta discriminatória, sob o amparo da responsabilidade contratual civil, sendo a Justiça do Trabalho competente para dirimir tais questões.

Ultrapassada a conclusão sobre se faz jus ou não o empregado a danos morais diante da situação abordada, uma questão que deve ser analisada seria quem responderia a tais danos, eis que, na prática, quem cometeu o ato discriminatório foi uma inteligência artificial, um *software* de recrutamento.

Tal indagação atrai a incidência dos “Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos” aprovado na ONU em 2011 que prevê que as empresas são responsáveis pelas violações aos direitos humanos que os empreendimentos causem, ou seja, é o empregador responsável por reparar o dano causado, sendo essa responsabilidade de cunho objetivo, pois deriva da teoria do risco empresarial, sendo o empregador quem assume os riscos da atividade econômica, nos termos do art. 2º da CLT - teoria reforçada pelo Projeto de Lei, nº 5051 que também prevê a possibilidade de responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de IA, a qual será da pessoa humana supervisora do processo de aplicação da IA.

Não verificamos ainda nenhum caso de ocorrência no Brasil de discriminação algorítmica em processos de recrutamento, mas para que não venha a ocorrer,

sugerimos, assim como disposto no Projeto de Lei, nº 5051, que o uso da IA deve ser fiscalizado e revisado por uma pessoa humana a fim de resguardar os direitos humanos e garantir o princípio da igualdade. Ainda, considerando que a IA, através do *machine learning*, apenas replica comportamentos humanos discriminatórios, sugerimos que os dados pessoais dos candidatos passíveis de gerarem discriminação sejam retirados manualmente do processo de seleção (*inputs* discriminatórios), pois só os humanos possuem a consciência necessária do que é ou não discriminatório, a fim de que os preconceitos já existentes e penetrados na nossa sociedade não sejam repetidos por máquinas que não têm a capacidade de pensar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **SIB**. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/manuais-do-portal-operadoras/sib>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ASSOCIAÇÃO DE ENGENHEIROS BRASIL-ALEMANHA (VDI-Brasil). **Tokenismo e Discriminação Algorítmica**. 2021. Disponível em: <<https://www.vdibrasil.com/tokenismo-e-discriminacao-algoritmica/>> Acesso em: 05 mar. 2021.

BARBOSA, Tales Schmidke. Inteligência artificial e discriminação algorítmica. **Jota**, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/Inova-e-acao/inteligencia-artificial-e-discriminacao-algoritmica-10012021>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

BERTRAND, Marianne. MULLAINATHAN, Sendhil. Emily e Greg são mais empregáveis do que Lakisha e Jamal? Um experimento de campo sobre discriminação no mercado de trabalho. *In: American Economic Review*, 2004.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades. *In: Igualdade racial: principais resultados*. Brasília: OIT - Organização Internacional do Trabalho, 1. ed., 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. 1. ed. Imprensa: São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 2.

GENSAS, Rafael Saltz. **Responsabilidade pré-contratual trabalhista: o rompimento injustificado das tratativas preliminares**. 2017. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

HOW TO keep human bias out of AI – Kriti Sharma. ANO. 1 vídeo (12 min e 10 s). Publicado pelo Canal TED. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BRRNeBKwvNM&ab_channel=TED>. Acesso em 03 mar. 2021.

LEAL, Thiago Torres. A responsabilidade civil do empregador na fase pré-contratual da relação de trabalho. **JUS.com.br**, abri. de 2017. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/56954/a-responsabilidade-civil-do-empregador-na-fase-pre-contratual-da-relacao-de-trabalho>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Jur, 2021
MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2015.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. *In*: **Revista Direito Público**, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov./dez 2019.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/empresas-e-direito-humanos/principios-orientadores-sobre-empresas-e-direitos-humanos>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Limites do poder de direção do empregador e a discriminação estética na relação de emprego**. XXII Encontro Nacional - Conpedi/Unicuritiba, Curitiba, p. 49-74, 29 de mai. de 2013. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&oq=cache%3Awww.publicadireito.com.br%2Fartigos%2F%3Fcod%3Dda54dd5a0398011c&aqs=chrome..69i57j69i58.3621j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. – 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 67.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Tradução: Rafael Abraham. 1ª ed. Editora Rua do Sabão: Santo André, São Paulo, 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111 – Sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão**. 1958. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20%20%20n%20%C2%BA%20111\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1958%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20em%20Mat%C3%A9ria%20de%20Emprego%20e%20Profiss%C3%A3o%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20%20%20n%20%C2%BA%20111).pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PASQUALE, F. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015 *apud* ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e205201, 2020.

PRASSL, J. What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 41, n. 1, p. 1-30, 2019.

PRUX, Oscar Ivan; PIAI, Kevin de Sousa. Discriminação algorítmica e a tutela aos dados pessoais no ambiente corporativo: uma análise da saúde ao emprego. **Revista Argumentum**, v. 21, p. 1279-1298, 2020.

RAMOS, Lara Castro Padilha; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Lei geral de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 127-146, jul. 2019.

REIS, Beatriz de Felipe; GRAMINHO, Maria Caxambu. **A inteligência artificial no recrutamento de trabalhadores**: o caso Amazon analisado sob a ótica dos direitos fundamentais. XVI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul/RS, 2019.

REIS, Raphaella. Responsabilidade pré-contratual no Direito do Trabalho: Como o processo seletivo pode prejudicar o empregador?. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://lekkerding.jusbrasil.com.br/artigos/404961902/responsabilidade-pre-contratual-no-direito-do-trabalho?ref=serp>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

ROCHA, Cláudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, v.1, e205201, 2020.

ROSSETO, Sabrina Fragoso. A aplicação da responsabilidade pré-contratual e boa-fé objetiva nos contratos de trabalho. **Âmbito Jurídico**, 1 de nov. de 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-118/a-aplicacao-da-responsabilidade-pre-contratual-e-boa-fe-objetiva-nos-contratos-de-trabalho/#_ftnref13>. Acesso em: 07 abr. 2021.

ROXO, Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa; ZAPATA, Daniela Lage Mejia. A responsabilidade pré contratual no Direito do Trabalho. *In*: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, 2014. p. 1678-8729. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d22-01-a-responsabilidade-civil-pre-contratual-no-direito-do-trabalho/>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

RUBIO, Isabel. Amazon prescinde de una inteligencia artificial de reclutamiento por discriminar a las mujeres. **El País**, 12 de out. de 2018. Disponível em: <https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html>. Acesso em: 18 mar. 2021.

SCHIPPERS, Laurianne-Marie. **Algoritmos que discriminam**: uma análise jurídica da discriminação no âmbito das decisões automatizadas e seus mitigadores. 2018. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico em Plataformas Digitais**: microagressões e discriminação em código, 30 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://tarciziosilva.com.br/blog/racismo-algoritmico-em-plataformas-digitais-microagressoes-e-discriminacao-em-codigo/>> Acesso em: 15 mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil - Vol. 4**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. **HR4.0**: Shaping people strategies in the Fourth Industrial Revolution. Geneva: World Economic Forum, 2019.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIAS CONSULTADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei Nº 5.452, de 1º de mai. de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.799, de 26 de mai. de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm> Acesso em: 30 mar. 2021.

¹BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abr. de 1995. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm> Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de nov. de 2019. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo28>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 06 mar. 2021.

¹BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.051 de 2019**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>> Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 31698005020095090012. Agravante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Agravada: Maria von Kruguer Lacerda. Relator: Min. Alexandre De Souza Agra Belmonte, Brasília, 07 nov. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ca6a19b5213af00b28f30bc3e70cec09>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2372009720135130007. Agravante: Joseano Ribeiro Rodrigues. Agravado: Alpargatas S.A.. Relator: Min. Claudio Armando Couce De Menezes, Brasília, 28 nov. 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/54228116750a5bd8bbc9bc7c82a398aa>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 7907820135220102. Agravante: Município de São Raimundo Nonato. Agravado: Erlando Ribeiro dos Santos. Relator: Min. Jose Roberto Freire Pimenta, Brasília, 15 set. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/35ce429ead94fcd2e35864b74918d5c0>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário nº 00015258020185070029. Recorrente: Município de Tianguá. Recorrido: Agnes da Costa Dib Ferreira. Relator: Des.ª Maria José Girão. Fortaleza, 12 dez. 2019. Disponível em: <<https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792541490/recurso-ordinario-trabalhista-ro-15258020185070029/inteiro-teor-792541519>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000234-96.2013.5.03.0040. Recorrido: Iveco Latin America LTDA. Recorrente: Massima Alimentação S.A. e Helena Gonçalves da Costa. Relator: Des. Sercio da Silva Peçanha. Belo Horizonte, 08 nov. 2013. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3299>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário 1205962011501020. Recorrido: Ana Clara Vale Lima. Recorrente: Masan Alimentos e Serviços LTDA. Relator: Des. Angelo Galvao Zamorano. Rio de Janeiro, 22 jul. 2013. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/496911/1/00012059620115010205%2322-07-2013.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 00218780220165040025. Recorrido: PROCERGS – CIA de Processamento de dados do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrente: Rodrigo Fietz Peña. Relator: Des.ª Ana Luiza Heineck Kruse. Porto Alegre, 23 mai. 2018. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=3299>>. Acesso em: 28 abr. 2021.

SÃO PAULO. 2ª Vara do Trabalho de Santos. Ação Civil Pública nº 0001917-61.2010.5.02.0442. Autor: Ministério Público do Trabalho. Réu: Arthur Lungdren Tecidos S/A Casas Pernambucanas. Juíza: Juliana Ferreira de Moraes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/193391919/processo-n-0001917-6120105020442-do-tst>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

SERGIPE. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Recurso Ordinário: 21024820105200006. Recorrido: Joyce Moraes dos Santos. Recorrente: Village Motéis LTDA. Relator: Des.ª Rita de Cássia Pinheiro de Oliveira. Aracaju, 05 mai. 2011. Disponível em: <<https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19676846/recurso-ordinario-ro-21024820105200006-se-0002102-4820105200006>>. Acesso em: 28 abr. 2021.