

GILMAR DE OLIVEIRA SILVA

**CONSULTA PRÉVIA AO CADASTRO DE
INADIMPLENTES NA SELEÇÃO DE EMPREGO:
Prática discriminatória na contratação de
empregados**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Msc Juliano Sepe Lima Costa.

FIC – CARATINGA

2012

EPÍGRAFE

“O trabalho é uma possibilidade de continuar a obra criadora de Deus.”

Alice Monteiro de Barros

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela graça e força, por ter chegado ao final desta caminhada, aos meus pais (Francisco e Terezinha), e a minha irmã Marília, por todo apoio que me deram neste tempo. A todos os professores desta instituição pelo rico aprendizado, em especial ao professor Juliano Sepe, o qual me orientou neste trabalho contribuindo para esta vitória.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, amigos e professores que com apoio me ajudaram nesta conquista. E a todos aqueles que pela Justiça faz o mundo ser melhor.

RESUMO

Atualmente a prática de consultar informações do candidato à vaga e emprego em cadastros de inadimplentes, tem sido questionada no judiciário, principalmente como forma de discriminação. Em razão do valor do trabalho ser instrumento de uma existência digna, uma forma do indivíduo estabelecer-se diante à coletividade, tirando do trabalhador as oportunidades de competir em condições iguais no mercado de trabalho, ferindo, assim, o direito fundamental ao trabalho. Igualmente, parece fugir da finalidade dos cadastros de bancos de dados de proteção ao crédito, prestar para tal informação. Todavia, a falta de norma que a discipline, tem contribuído para este tipo de comportamento das empresas no Brasil, fundando-se: na autonomia privada que o empregador tem em contratar e que os cadastros de pesquisas citados são públicos. Contudo, a Justiça do Trabalho tem agido no sentido de coibir tal atuação, porém, existe divergência jurisprudencial, cujo entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho difere do Tribunal Superior do Trabalho. Entretanto, considerando que os direitos fundamentais são oponíveis na relação privada, sobrepondo o trabalhador como o que mais necessita de proteção no momento da seleção de emprego, e, proibindo tal prática conforme projeto de lei existente, poderá, então, ser questionada à sua ilegalidade.

Palavras-chave: princípio da dignidade da pessoa humana; discriminação no trabalho; Bancos de dados de proteção ao crédito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO	
1.1 A importância do trabalho para uma existência digna	13
1.2 Fundamentos da discriminação no direito do trabalho	15
1.3 A discriminação laboral numa análise legal e doutrinária.....	18
1.4 Discriminação pré-contratual.....	24
1.5 Do tratamento desigual injustificado.....	26
CAPÍTULO II – OS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO	
2.1 As entidades de proteção ao crédito e a figura do consumidor	29
2.2 Natureza jurídica dos bancos de dados	31
2.3 Da finalidade dos órgãos de proteção ao crédito	32
2.4 Limitação das informações de restrição ao crédito	33
2.5 Aspecto relevante do inadimplente	34
CAPÍTULO III - A PESQUISA DE INFORMAÇÕES EM CADASTROS DE INADIMPLENTES NA SELEÇÃO DE EMPREGADO	
3.1 Consulta indevida no processo seletivo de emprego.....	37
3.2 A inadimplência do trabalhador como parâmetro de contratação	39
3.3 Necessidade de regulamentação da matéria por intermédio de lei.....	41
3.4 Dos imperativos do Projeto de Lei 7.756/2010.....	43
3.5 A conduta do empregador numa análise judicial.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto analisar a prática do empregador em consultar os órgãos de proteção ao crédito, na fase do processo seletivo para contratação de empregado.

O Projeto de Lei nº 7.756/10 (origem: Projeto de Lei do Senado - PLS 266/08) no qual estão apensados outros nove projetos, de igual teor, sustenta a alteração do artigo 12 da Consolidação das Leis do Trabalho - CTL, acrescentando o 12-A, proibindo tal verificação.

O problema desse trabalho manifestar-se-á na seguinte interrogativa científica: a consulta prévia de cadastro de proteção ao crédito pode ser considerada discriminatória ao candidato ao emprego, uma vez que a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro tem colaborado para esta conduta das empresas?

Durante a explanação do tema buscará demonstrar a razão, por qual motivo, existe necessidade de uma norma vedando tal prática, e fundamentando a sustentação que esse comportamento é um ato discriminatório ao trabalhador. Já que é uma forma de tratamento desigual injustificado e, ainda, viola princípios constitucionais, promove a exclusão social, obstando o acesso ao trabalho meio indispensável a uma existência digna.

Tem-se como objetivo geral deste estudo monográfico avaliar se as empresas estão praticando discriminação do trabalhador, na conduta em análise. Já para os objetivos específicos: levantar bibliografia, perquirir artigos, investigar a legislação pátria e internacional a qual o Brasil é signatário nas questões relevantes ao direito do trabalho e colacionar jurisprudências relevantes ao assunto.

Justificando-se no ganho jurídico uma proposta de pacificação do tema, que carente de doutrina é bem demandado no judiciário, e, ainda, tem um considerado número de projetos de leis para tentar regulamentá-lo. Fomentando para o operador do direito uma forma de aplicação em benefício da coletividade. Num mercado de trabalho tão competitivo como nos dias atuais, visa, igualmente, sob o ponto de vista social, a oposição à prática, que tem objetivo de lesar o direito ao trabalho e de prejudicar o trabalhador. E, também, no enriquecimento do aprendizado acadêmico servindo, pois, para futuras pesquisas.

Para melhor compreensão da matéria, se introduz o estudo com os conceitos de maior relevância no tópico inicial desta monografia, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, discriminação no trabalho e os bancos de dados de proteção ao crédito.

A natureza da pesquisa será do tipo transdisciplinar, por envolver informações do Direito Constitucional, Direito do Trabalho e Direito do Consumidor. Ressalta-se, que a pesquisa é do tipo teórico dogmática, tendo em vista as referências utilizadas com base na Constituição Federal da República de 1988 – CR/88 e demais legislações pertinentes à discriminação nas relações de trabalho, bem como as jurisprudências e doutrinas referentes ao tema.

A pretensa monografia será dividida em três capítulos, com o primeiro deles sob o título “Discriminação na relação de trabalho”, que analisará os tópicos fundamentais envolvidos no assunto, bem como, o valor do trabalho para a dignidade do trabalhador, os fundamentos da discriminação laboral sob o ponto de vista legal e doutrinário.

No segundo, intitulado “Os Bancos de Dados de proteção ao crédito.” Será indagado sobre as entidades de proteção ao crédito, a finalidade de seus bancos de dados e as controvérsias envolvendo as informações destes, incluindo, ainda, a figura do consumidor inadimplente.

Por fim, o último capítulo intitulado “A pesquisa de informações em cadastro de inadimplência na seleção de emprego”, arrematará, trazendo, uma explanação dos imperativos do Projeto de Lei – PL nº 7.756/10, bem como, os aspectos do assunto tratado no judiciário.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Notando-se que o presente trabalho tem seu cerne na prática do empregador realizar consulta prévia ao cadastro de inadimplentes, no processo seletivo de empregados, e, estando nesta conduta envolvidos sujeitos de uma relação laboral e entidades de arquivos de consumo, faz-se necessário trazer alguns conceitos principais, sendo eles: princípio da dignidade da pessoa humana, discriminação no trabalho e bancos de dados de proteção ao crédito, que por sua vez, nortearão a análise do tema, com o intuito de melhor entendimento da presente monografia.

Assim, dos conceitos seguintes, primeiramente, esboça-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta o trabalho como uma condição para que o ser humano realize-se na sua plenitude. Conforme os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho “significa ser a pessoa, diferente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado com um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado”¹.

Alexandre de Moraes o descreve “como valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se de uma forma que esta seja responsável pela sua vida e tenha respeito perante a coletividade”².

Já Leonardo Roscoe Bessa o associa como aquele princípio que protege os direitos da personalidade e, também, aqueles indispensáveis à existência humana, de forma que:

A dignidade da pessoa humana associa-se à autonomia e à liberdade da pessoa, à possibilidade de escolhas, ao respeito aos direitos da personalidade, mas igualmente à existência de condições materiais mínimas para viver, o que abrange alimentação, habitação, vestuário, meios de transporte, entre outros bens e serviços³.

¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do estado e da constituição: Direito constitucional Positivo**. 18.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte. Del Rey. 2012. p. 594.

² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 4.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p.130.

³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

Portanto, considerando o trabalho como um instrumento necessário a uma existência digna, violações ao direito ao trabalho, especificamente, aquelas que tiram ou dificultam o acesso a este, atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à discriminação no trabalho, primeiramente, deve-se entender o que é discriminação para o direito do trabalho. Conforme Alice Monteiro de Barros “Do ponto de vista etimológico, significa o caráter infundado de uma distinção”⁴.

Na mesma direção Sérgio Pinto Martins afirma “discriminar tem o sentido de diferenciar, discernir, distinguir, estabelecer diferenças”⁵.

Desta forma, entende-se que atos e práticas adotadas pelo empregador no mercado de trabalho, podem ter aspecto ou concretizar em discriminação. Devendo para isso resultar em distinção injustificada, e de alguma forma prejudicar a pessoa do trabalhador.

Depois de explanados estes aspectos, faz-se necessário a definição dos bancos de dados de proteção ao crédito.

Leonardo Roscoe Bessa afirma que antes do advento da Lei nº. 12.414/12(Lei do Cadastro Positivo) tinham estes a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), como principal diploma legal que os disciplinava⁶. Assim, traz-se como conceito de banco de dados aquele expresso no inciso primeiro do art. 2º da Lei nº 12.414/11:

Banco de dados: conjunto de dados relativo a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro⁷

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p. 1116.

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 499.

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁷ BRASIL. **Lei n.º 12.414, de 09 de junho de 2011**. “Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 14/09/12.

Por esta ótica já se percebe a estrita relação das entidades referidas com o setor de proteção ao crédito apontando uma relação de consumo, tendo neste contexto a sua gênese, como propõe Antônio Herman Benjamin:

Em estrito rigor terminológico, a expressão arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registros: os bancos de dados e os cadastros de consumidores, denominação dobrada utilizada pela Seção VI do Capítulo V (Das práticas comerciais) do CDC.⁸

Infere-se, por essa linha, que banco de dados de proteção ao crédito é espécie de banco de dados de consumo.

Bessa ensina que a regulamentação dos bancos de dados, sejam eles públicos ou privados rendem-se às disposições do CDC, uma vez que a forma de atuação de ambos é semelhante⁹, neste mesmo sentido Cláudia Lima Marques esclarece:

Bancos de dados. Licitude. Parâmetros: A elaboração, organização, consulta e manutenção de bancos de dados sobre consumidores e sobre consumo não é proibida pelo CDC, ao contrário, é regulada por este; logo permitida. A lei fornece, porém, parâmetros de lealdade, transparência e cooperação e controla esta prática de forma a prevenir e diminuir os danos causados por estes bancos de dados e/ou pelos fornecedores.¹⁰

Portanto, não se objeta a discutir a ilegalidade ou ilegitimidade dos bancos de dados, mas questionar os fins, com que as informações de seus cadastros, podem ser usadas no processo seletivo de emprego.

Desta feita, os conceitos explanados ajudam no entendimento do presente trabalho, uma vez que o concilia.

⁸ BENJAMIM *apud* BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.26.

⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.26.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 611.

CAPÍTULO I - DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO TRABALHISTA

1.1 A importância do trabalho para uma existência digna

O trabalho é um direito fundamental que tem garantia constitucional e pode ser considerado um instrumento indispensável à vida do homem. Entretanto, a de se notar que as concepções que o avalia ou a forma como é visto, mudam conforme o decorrer de cada época. Pela sua importância e valor deve ter uma tutela especial da lei, assim, do ponto de vista no âmbito jurídico Alice Monteiro de Barros o descreve:

(...) Sob o aspecto jurídico, ele é encarado como “objeto de uma prestação devida ou realizada por um sujeito em favor de outro” e, mais precisamente do ponto de vista jurídico-trabalhista, o trabalho é uma prestação de serviço não eventual, subordinada e onerosa, devida pelo empregado em favor do empregador. O trabalho pressupõe atividade que se manifesta por meio de variados aspectos, os quais reclamam do ordenamento jurídico atenção diversa, dependendo da época¹¹.

Porém, não obstante a essa ótica, o trabalho tem caráter pessoal para o trabalhador, pois vem suprir as condições para sua existência como é visto nos ensinamentos do Papa Leão XIII em sua Encíclica *Rerum Novarum* (1891), ao afirmar “que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida”¹².

Paulo Gustavo Gonet Branco referindo ao direito fundamental á vida ensina que “a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição”¹³. E, ainda, conforme esse autor pode se dizer:

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p. 55.

¹² LEÃO XIII, *Rerum Novarum*. Carta encíclica de sua santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Tradução de Manuel Alves da Silva. 15ed. São Paulo: Paulinas, 2005. p. 14.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 393.

O direito á vida é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna. Essa expressão abarcaria o direito a alimentação, a habitação, a vestuário, a educação elementar, entre outras pretensões. Em certas hipóteses, o direito à vida haverá de conduzir a esses desdobramentos (...)¹⁴

Nesse sentido entende-se que o que for indispensável para a existência converge e amparam-se na mesma proteção, como argumenta o supracitado autor.

Nesta mesma linha aduz Alexandre de Moraes “somente por meio do trabalho o homem garante sua subsistência e o crescimento do País”¹⁵. Assim, além de trazer a importância do valor laboral individual do trabalho, Moraes destaca, também, o papel fundamental daquele para a ordem econômica nacional.

Deste modo, vale destacar que o trabalho não se prende exclusivamente a figura do trabalhador, o que se observa disposto na Constituição da República, pois, junto a livre iniciativa, fundamenta a República Federativa do Brasil e a ordem econômica, (art. 1º, IV, e art. 170 caput, respectivamente da CR/88)¹⁶.

Por este contexto, em relação a sua finalidade onde o trabalho é visto como gerador de riquezas, a que se lançarem perspectivas preocupantes. Em tempos de profundas mudanças de uma economia mundial globalizada. O homem é um ser que busca a inserção social e, de igual maneira, afetado pelas dificuldades que à sociedade advém. Nesse entendimento escreve Daury César Fabríz:

Na sociedade capitalista, o trabalho constitui a via principal de integração social. Quem não tem acesso ao trabalho está excluído. Ser excluído do mundo do mercado significa ser lançado ao inferno, numa rasteira comparação com o universo das religiões. Não estar no mercado significa não compartilhar uma existência “digna”. No capitalismo, o reconhecimento do trabalho deriva de sua inserção no circuito econômico, isto é, de sua capacidade de gerar e viabilizar a mais valia.¹⁷

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.400.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p.130.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

¹⁷ FABRIZ, Daury César. **A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n.1.2006, p.28. Disponível em www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/.../59/56. Acesso em 30/09/12.

Desta forma compreende-se que o trabalho garante a dignidade do ser humano, não podendo ser visto apenas como instrumento que gera riqueza e movimenta a economia. Disso tudo, percebe-se a relevância do princípio da dignidade humana, invocado quando ocorre afronta ou violação aos direitos que envolva o trabalhador.

1.2 Fundamentos da discriminação no direito do trabalho

A discriminação no contexto trabalhista no Brasil é um assunto controvertido e pouco aprofundado na doutrina, que ainda traz algumas deficiências na legislação, refletindo na seara das decisões judiciais. Sobre o assunto, assim, expressa Firmino Alves Lima:

Quando tais questões são submetidas ao Poder Judiciário, acabam por ser enfrentadas sem a devida profundidade teórica exigida para um tema fundamental de direitos humanos. Os profissionais jurídicos não encontram um arcabouço jurídico no plano interno que os muníciei adequadamente para enfrentar adequadamente as complexas questões sobre o tema. É importante discutir e entender essa contradição, em um ambiente tão discriminatório o qual não é devidamente acompanhado pela jurisprudência¹⁸.

Desta forma, vê-se que demandas oriundas nas relações de trabalho, sobre discriminação, requerem um cuidado especial do operador de direito. Poderá este deixar de reconhecer uma conduta discriminatória, ainda que a seja.

A Constituição da República de 1988 se preocupou bastante em combater a discriminação de um modo geral, sendo direito fundamental a natureza jurídica de suas normas antidiscriminatórias, conforme afirma Firmino Alves Lima:

O art. 3º da nossa atual constituição vai mais além. Ele estabelece quais são os objetivos fundamentais, ou seja, o Estado brasileiro deve ter como

¹⁸ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 2.

objetivos aqueles ali estabelecidos, os quatro incisos de caráter igualitário e, por último, a proibição da discriminação de qualquer espécie. Mas não é somente no art. 3º que a proibição da discriminação se encontra prevista. Muitas outras normas de caráter fundamental também reafirmam a importância do combate à discriminação em diversos setores da sociedade brasileira¹⁹.

E nesse raciocínio Lima ainda ressalta:

Ou seja, uma simples análise de nosso texto constitucional nos permite afirmar, com segurança, que **a proibição da discriminação recebe o status de direito fundamental da mais alta importância dentro do rol de direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira.**²⁰(grifo nosso)

Fica evidente sobre a tutela antidiscriminatória, de um modo geral, ter amplo respaldo constitucional no direito brasileiro. Porém, a forma como a legislação infraconstitucional trata do assunto, acaba gerando divergências de interpretação.

Deve-se, também, ter o cuidado de não confundir discriminação com preconceito, para Maurício Delgado Godinho preconceito se baseia na condição pessoal, “é juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos”.²¹ Assim, discriminação no direito do trabalho vai além de preconceito, pois, se prender a este, restringirá a diferenciação por peculiaridades pessoais.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento “o que está em causa é o desvirtuamento, pelo empregador, do valor igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação”²². Interessante salientar que o trabalhador em todas as suas potencialidades, trará sempre consigo a essência que o princípio da dignidade humana o difere. Ou seja, uma pessoa que merece respeito pelo que é, e não pelo que possa fazer produtivamente.

¹⁹ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011.p.65.

²⁰ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011.p.23.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 745.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 495.

Ao discorrer sobre o princípio da proteção, preceito específico do direito do trabalho, Delgado posiciona o trabalhador como aquele que mais precisa de tutela das partes de uma relação trabalhista:

O princípio da proteção informa que o Direito do trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro. Visando retificar ou atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho²³.

Por certo, o poder econômico não se concentra nas mãos do trabalhador, corroborando para que este seja considerado um sujeito hipossuficiente na relação empregatícia. Aliás, é característica dessa relação à subordinação do trabalhador ao empregador. Assim, quanto ao sujeito discriminador, este pode ser o empregador, terceiros ou até mesmo outros empregados.

A busca por igualdade deve respeitar as diferenças, deste modo, a proibição de discriminar no direito do trabalho busca concretizar a igualdade de tratamento para o trabalhador. Maurício Godinho Delgado salienta que “a relevância, no Direito atual, do combate antidiscriminatório erigiu ao *status* de princípio a idéia de não discriminação”²⁴. Uma vez que a relação de trabalho é uma relação de desiguais, tem-se uma plausível consideração.

Alice Monteiro de Barros ao comentar sobre a não discriminação destaca ser “provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, com valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”²⁵. No entanto, é preciso entender que este princípio, característico do direito do trabalho, não se confunde com o da igualdade, mas deriva deste.

Assim, este preceito visa à proteção e, também, é obstante as condutas que tendem ao tratamento desigual e lesivo ao trabalhador.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 745.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ed. São Paulo: LTR, 2011. p. 746.

²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p. 1116.

1.3 A discriminação laboral numa análise legal e doutrinária

A proibição da discriminação é um dos direitos fundamentais do trabalho no âmbito internacional. Uma das mais importante e pioneira expressão dessa proibição vem da convenção nº 111, de 1958, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, da qual o Brasil é signatário. Sobre discriminação laboral dispõe esta norma:

Art. 1º

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

a) Toda a 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) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.²⁶

No referido artigo ainda encontra-se disposto:

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

3. Para fins da presente Convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego²⁷

Nesta norma pode ser observado que o dispositivo fala em motivos que visam destruir, alterar a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego.

²⁶ BRASIL. **Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. “Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão”. Disponível em; <http://www6.senado.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

²⁷ BRASIL. **Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. “Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão”. Disponível em; <http://www6.senado.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

Ao descrever um ato discriminatório ela deixou aberta para que outros motivos fossem considerados pelo Estado que a adotasse, porém, desde que discutido com o interessado. Neste contexto, infere-se que a primeira norma, em ordem internacional, a descrever o que seja um ato discriminatório, não descreveu os motivos taxativamente.

A Constituição da República de 1988 não traz definição expressa do conceito de discriminação, no entanto, versa sobre tutela antidiscriminatória em alguns de seus artigos. Dispõe, conforme prescrito nos objetivos fundamentais da República, a reger a combater o preconceito e outras formas de discriminação, *in verbis*:

Art. 3º constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁸

Para Firmino Alves Lima na análise do referido dispositivo constitucional, nossa constituição é aberta em reconhecer os motivos antidiscriminatórios, como se percebe a seguir:

(...) Essas normas possuem uma visão aberta, ou seja, destacam os motivos que não permitem um tratamento diferenciado, abrangendo qualquer outro motivo, desde que observadas as condições de relevância de pertinência com o ato desafiado e a necessidade do agente. Essa forma de previsão ainda passa ao intérprete grande possibilidade de qualificar condutas como antidiscriminatórias, ainda que não sejam formalmente previstas²⁹.

No plano infraconstitucional, a CLT somente mencionará algumas condutas discriminatórias descritivamente proibidas no seu art. 373-A, cuja matéria versa sobre a proteção da mulher no mercado de trabalho e, não especificamente sobre discriminação laboral no seu título.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

²⁹ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.121.

Com o sancionamento da Lei nº 9.029/95, o ordenamento jurídico brasileiro passa a ter uma importante norma a tratar da discriminação no trabalho. Pois, esta expressa às condutas de práticas e atos discriminatórios dos empregadores e, ainda, prevê sanções trabalhistas, administrativas e penais. Assim dispõe o artigo 1º desta lei:

Art. 1º - Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal³⁰.

Divergências cercam o rol dos motivos deste artigo. Existe jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) com entendimento que este dispositivo não serve para exemplificar outros motivos, pois estariam descritos nele apenas a discriminação decorrente de condição pessoal (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade). Neste sentido, a Lei nº 9.029/95 não prestaria para sustentar outros tipos de discriminação³¹. Todavia, pela doutrina, segundo Vólia Bomfim Cassar, o rol elencado na Lei nº 9.029/95 não é taxativo, mas exemplificativo. Para a referida doutrinadora o entendimento contrário conduziria à inconstitucionalidade da própria norma, pois deixaria as margens outros motivos, permitindo, a exemplo, a discriminação em razão da religião³².

A lei nº. 7.716/89, não dispõe de matéria propriamente trabalhista, mas define os crimes de preconceito, de raça ou de cor, ou seja, uma proteção contra o racismo. Sendo que, somente os quatros primeiros artigos dela versa sobre teor laboral:

³⁰ BRASIL. **Lei n.9.029, de 13 de abril de 1995**. “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

³¹ BRASIL. **TST.RR-38100-27.2003.5.20.0005**, Relator: min. Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 24/02/2012. Acesso em: 02/11/2012.

³² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011, p.1229.

Art. 1º - Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 2º (vetado)

Art. 3º - Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.³³

Tem-se que um tratamento em oposição ao dispositivo desta lei constitui numa discriminação direta, como expresso no artigo seguinte:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica:

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores;

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional;

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário.

§ 2º Ficar sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.³⁴

Neste caso, temos um exemplo de norma que proíbe e define os crimes resultantes de preconceitos de raça e cor especificamente, ou seja, leva em conta o caráter da condição pessoal do sujeito discriminado. Não tendo possibilidades para outras interpretações.

Ao que se percebe, no ordenamento jurídico brasileiro, não é fácil a sustentação que uma conduta, não prevista em lei, seja discriminatória. Depois de visto a forma como a legislação trata do assunto, passam-se, as considerações doutrinárias.

³³ BRASIL. **Lei n.7.716, de 5 de janeiro de 1989**. "Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

³⁴ BRASIL. **Lei n.7.716, de 5 de janeiro de 1989**. "Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

Amauri Mascaro Nascimento dá uma definição de discriminação semelhante ao previsto do art. 1º na Convenção nº 111 da OIT, mas adverte sobre a importância da finalidade do ato praticado pela empresa. Para Nascimento na “discriminação o que se tem por fim é a preferência destinada a excluir a oportunidade de trabalho de alguém em razão de um dos fatores distintivos elencados na lei”³⁵.

Na mesma linha segue Alice Monteiro de Barros, prendendo-se ao rol enumerativo da lei, ao se referir à forma de discriminação afirma ser “o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas (...)”³⁶.

Já Maurício Godinho Delgado ensina que a causa da discriminação vai além daquelas que se baseia no preconceito, podendo derivar de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto e específico e, assim a define: “Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”³⁷. Infere-se, portanto, que Delgado não se prende ao critério legal, mas a um critério judicial para qualificar uma conduta como discriminatória.

Sérgio Pinto Martins, por seu turno, ao explicar o tema usando critérios genéricos faz a seguinte afirmação, “a discriminação do trabalhador tanto pode ser intencional ou não, derivada de lei ou de práticas, em relação a nacionais ou a estrangeiros, em qualquer setor (público ou privado) e ocupação”³⁸. Martins considera que além daquelas derivadas da proibição da lei a discriminação pode vir de práticas. Deixando a inferir que este autor, também, não considera os motivos discriminatórios, apenas, aqueles enumerados na lei.

Firmino Alves Lima aponta um conceito bem amplo, ao abranger outros elementos necessários para a constituição de uma discriminação laboral, e assim a descreve:

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 495.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p.1120.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTR, 2011. p.745.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011. p.499.

(...) é o tratamento diferenciado menos favorável que o dispensado a outra pessoa ou grupo, em decorrência de uma relação de trabalho, praticado por qualquer pessoa ou resultante de uma situação de afinidade pessoal de qualquer natureza, antes de sua celebração, durante seu transcurso ou depois de seu término, por qualquer motivo que não possa ser justificado mediante os critérios de proporcionalidade e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos laborais ou os direitos humanos e as liberdades fundamentais de qualquer natureza, em qualquer campo e aspecto da vida laboral, privada ou pública³⁹.

Por este sentido, Lima expande a definição, para que possa acolher um maior número de práticas consideradas discriminatórias. Aduz, também, um critério para que uma conduta seja discriminatória, trata-se da proporcionalidade ou razoabilidade, como acontece em outras possíveis violações de direitos fundamentais. Desta forma expõe o autor:

(...) a proporcionalidade em sentido estrito avaliará, necessariamente, qual o maior valor que deve ser protegido. Tal juízo de controle irá fazer a ponderação dos conflitos postos no caso prático, exigindo, do julgador, uma técnica de pesos de todos os referidos elementos, para verificação da existência de uma postura discriminatória⁴⁰.

Em fim, parecem ficar evidente os direitos que se colidem, pois de um lado a autonomia privada do empregador de outro o trabalhador que tem o direito de não ser discriminado.

Ao verificar as conceituações e disposições na legislação e na doutrina surge um problema em relação ao assunto, a taxatividade e a exemplificidade do rol dos motivos nas normas antidiscriminatórias. Ao discutir sobre a questão, Lima, afirma que este surge quando se constata de uma prática discriminatória, cuja motivação não possua qualquer previsão normativa que a proíba⁴¹. Pois se considerados apenas como taxativos os motivos de uma norma, neste ângulo ficariam de fora

³⁹ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.311.

⁴⁰ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.146.

⁴¹ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.114.

tantas outras formas ou motivos que seriam diferenciações proibidas na seara do trabalho:

(...) Assim, o cerne da proteção contra a discriminação é encontrado na defesa da plenitude da condição humana, conferindo a ela um tratamento na mesma proporção de dignidade de qualquer outra pessoa neste planeta. O objetivo nuclear dessa proteção é preservar o direito à igualdade e a integralidade do ser humano contra privações de qualquer espécie causadas por tratamentos diferenciados injustificáveis. (...) é inconcebível um rol taxativo para um instrumento tão importante; seria um verdadeiro freio à realização da igualdade substancial (...) se adotada a taxatividade, para certas situações de discriminação, não haveria correspondente proteção normativa da pessoa humana⁴².

Fica evidente, no entendimento de Firmino Alves Lima, que o reconhecimento de ato discriminatório apenas com base na previsão normativa é um risco muito grande no contexto laboral. Devendo entender-se como taxativo, somente, se a norma não permite outro motivo além daqueles descritos, apesar de alguns doutrinadores prenderem-se ao conceito do vínculo da disposição legal.

1.4 Discriminação pré-contratual

Quanto aos tipos de discriminação do contexto trabalhista e as suas classificações, para o presente trabalho interessa a modalidade que tem como critério o lapso temporal, ou seja, aquela que pode ocorrer na admissão (pré-contratual) no curso do contrato e, por fim, na dissolução do contrato de trabalho (pós-contratual).

Especificamente a discriminação pré-contratual é aquela que ocorre no momento do recrutamento, na seleção, fase de contratação do trabalhador. Sobre este instante, Alice Monteiro de Barros aponta:

⁴² LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.114.

No ato da contratação, uma empresa poderá praticar ato de discriminação mediante anúncios de emprego ou de um modo mais discreto, por meio do departamento de pessoal, que acata a política da direção. Poderá ocorrer, também, o que é mais raro, de a discriminação ser fruto de pressão exercida pelos próprios empregados da empresa, que não desejam trabalhar com alguém em face de suas características pessoais⁴³.

Nesta linha, também, concorda Firmino Alves Lima ao dizer:

A discriminação pré-contratual é muito ampla nos dias atuais, eis que tal fase pode ser estendida por longos períodos, inclusive envolvendo testes, treinamentos, visitas, viagens e tantos outros procedimentos durante os quais, ainda que não haja uma relação de trabalho, existe uma grande possibilidade de práticas discriminatórias⁴⁴.

E, ainda, continua o mesmo autor:

São muitas as situações que envolvem a discriminação pré-contratual, o que infelizmente, quase nada é tratado no Brasil em termos legislativos a respeito dessa complexa matéria. Tais posturas são muitas vezes fomentadas por uma grande criatividade dos empregadores para a adoção de práticas discriminatórias⁴⁵.

Assim, verifica-se que a discriminação na fase de admissão ganha configurações sofisticadas.

Obstante ao momento discriminatório poderá ser indagado a não existência de um contrato de trabalho. Neste, intento, é necessário lembrar que a responsabilidade pré-contratual, nesta fase de seleção pessoal, existe de fato. Da mesma forma tem-se jurisprudência reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho para tratar do assunto, como se observa em acórdão da 3ª turma do TST:

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p. 1117.

⁴⁴ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 220.

⁴⁵ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 221.

RECURSO DE REVISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO
– RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL – DANO MORAL

1. Segundo o princípio da boa-fé objetiva, que se aplica a todos os contratos, inclusive trabalhistas, previsto nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, as partes devem agir em conformidade com parâmetros razoáveis de boa-fé, tratando o contratante como parceiro e buscando relação de cooperação.

2. De acordo com as novas diretrizes do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva deve informar todas as fases do contrato.

3. Conclui-se, dessarte, pela competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar pedido de indenização por danos morais ocorridos nas negociações preliminares, porque decorre de relação de trabalho, ainda que na fase das tratativas. Recurso de Revista conhecido e provido.⁴⁶

No mesmo entendimento Alice Monteiro de Barros frisa que o dever deste tipo de ressarcimento funda-se na seguinte explicação:

(...) teoria da culpa *in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual, com a qual Jhering visou a tutelar a confiança recíproca, que deve nortear o comportamento das partes desde a fase das negociações preliminares. O fundamento dessa responsabilidade reside no dever de agir consoante o princípio da boa-fé objetiva, que incide no direito obrigacional, atuando como norma de conduta social, segundo a qual as pessoas devem se comportar com lealdade recíproca nas relações sociais, enquanto a boa-fé subjetiva cinge-se ao campo dos direitos reais⁴⁷.

Por tudo, infere-se, mesmo não havendo qualquer relação de trabalho constituída entre a empresa e o trabalhador na fase pré-contratual, o Direito tutela esse momento, ainda que este seja precário.

1.5 Do tratamento desigual injustificado

Porém, nem todo tratamento desigual configura-se numa discriminação. De fato, a própria legislação faz essa diferenciação quando traz, em seu dispositivo, a opção que se tenha exigências próprias de uma função, ou, as qualificações

⁴⁶ BRASIL. **TST.RR-93100-69.2003.5.07.0006**, Relatora: ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado em 10/02/2006, acesso em 01/11/12.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008. p.646.

exigidas para um emprego determinado. A própria Constituição brasileira mostra isto, conforme se vê *in verbis*:

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:

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.⁴⁸

Por certo, a desigualdade legitimada ou justificada não é discriminação. Percebe-se pelo exposto à sombra do princípio da não discriminação, que este preceito repudia o tratamento desigual injustificado, cujos efeitos venham a ser prejudiciais ou danosos para o sujeito trabalhador discriminado.

Lima, também destaca a importância do fator motivo de um ato discriminatório, de acordo com este autor, motivo é:

(...) Os motivos são fatores que determinada pessoa porta ou opta por adotar, cuja presença traz contra si um tratamento diferenciado. A avaliação do referido fator para constatação de uma atitude discriminatória é essencial, especialmente nas relações de trabalho⁴⁹.

Assim, para ele motivo é determinação básica de uma discriminação. Toda vez que a lei dispôr que é proibido discriminar, a exemplo: por preferência em raça, cor, sexo, religião, opinião política, entre outros; estará se referindo ao motivo. Nesta observação de razão ou causa encontra-se o problema da interpretação das normas antidiscriminatória como já exposto, em umas se observa o rol enumerativo em outras não existe rol de motivos, são abertas. No cerne da interpretação e da taxatividade fica no prejuízo situações que geram fatos não previstos na lei. Ao discorrer neste contexto Firmino Alves Lima expõe este problema:

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

⁴⁹ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.102.

(...) portar o vírus HIV encabeça a lista dos motivos pelos quais a Justiça do Trabalho é mais procurada no país para questões discriminatórias, no entanto, não existe qualquer proteção normatizada para tal motivo discriminatório. Alguns motivos podem parecer irrelevantes, mas se forem fundamento para prejuízo de uma situação laboral, não podem deixar de ser considerados, a questão mais preocupante surge quando se constata uma prática discriminatória, cuja motivação não possua qualquer previsão normativa que a proíba.⁵⁰

Por certo, a discriminação laboral não pode se prender ao rol enumerativos de motivos, ao contrário, tratamentos injustificados serão aceitos invocados à falta de previsão legal. Uma vez que a discriminação atenta contra a dignidade da pessoa humana, se uma prática adotada pelo empregador é injustificada, prejudicial e viola direitos fundamentais do trabalhador, existem elementos suficientes para que tal conduta configure em discriminação. Contudo, ao que se infere, para a legislação brasileira, somente a disposição normativa pode dar certeza a essa proteção.

⁵⁰ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.114.

CAPÍTULO II - OS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

2.1 As entidades de proteção ao crédito e a figura do consumidor

Os bancos de dados são entidades que estão ligadas ao mercado de consumo, tendo uma finalidade relevante e fundamental que é a proteção ao crédito. Possui, também, legalidade garantida no ordenamento jurídico. No Brasil o aparecimento deles está relacionado com a expansão do aumento vendas a crédito, especificamente na década de 50.⁵¹ São, portanto, prestadores de serviços a este mercado. Contudo, os arquivos de consumo com suas informações, esbarram-se no limite do direito da personalidade do sujeito consumidor.

O CDC, assim, define consumidor em seu artigo 2º, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.⁵² Configurando uma relação de consumo, quando existir a presença do consumidor e o fornecedor e, houver um negócio de um produto ou prestação de um serviço.

Porém, faz-se importante observar o destino das normas do CDC, como se tem na citação de Cláudia Lima Marques:

As normas são de proteção do sujeito consumidor (individual ou coletivamente) e não do mercado ou de proteção do “consumo”. Normas de proteção do “diferente”, do “desigual” do “mais fraco”, do “vulnerável” (a diferenciar do Código Civil – normas para as relações entre “iguais”)⁵³

Como visto, o consumidor é o hipossuficiente numa relação de consumo.

Sem aprofundar no rigor de diferenciação, pode-se distinguir banco de dados e cadastros da seguinte forma, como ensina Leonardo Roscoe Bessa:

⁵¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo** - comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.28.

⁵² BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/04/12.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. rev. Amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p.622.

De modo simplificado, a distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo se faz a partir da fonte e do destino da informação. Os bancos de dados, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). No cadastro, a informação é obtida diretamente do consumidor para uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando solicitam dados pessoais (...)⁵⁴

Por esta definição as informações cedidas nos cadastros parecem ser mais restritas do que nos bancos de dados. E por estar ligado ao mercado de consumo pode-se falar em arquivos de consumo, referindo a estas informações. São muitos os exemplos na jurisprudência, onde os bancos de dados situam-se como réus, envolvendo vários questionamentos, entre eles: a indevida negativação do nome do consumidor. Sendo o mais questionado o da SERASA (empresa privada que faz análises e pesquisas de informações econômico-financeiros das pessoas) e o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC (banco de dados privado de informações de crédito), fugindo as limitações deste trabalho, exemplificar as várias motivações indenizatórias preteridas na justiça comum.

Quanto às informações contidas nessas entidades, ao contrário do que ocorre nos países da Comunidade Europeia e nos Estados Unidos, no Brasil tradicionalmente é mais voltado para a análise das informações ditas negativas, de dívidas vencidas e não pagas, mas com o advento da Lei nº 12.414/11 a que se falar nas informações positivas e na formação de um histórico de crédito, com o devido adimplemento do consumidor.

No ordenamento jurídico brasileiro a disciplina aos bancos de dados veio primordialmente no art. 5º da Constituição da República de 1988, na previsão do *habeas data* e ao direito à informação:

Art. 5º (...)

LXXII – Conceder-se-á a *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.⁵⁵

⁵⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo** - comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.27.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

E no âmbito infraconstitucional, seguido da promulgação da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) disposto na seção, os bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 43 e 44); depois, a Lei nº 9.507/97 (Lei do *Habeas Data*) no seu artigo 1º, parágrafo único; e por fim a Lei nº 12.414/11 (Lei do Cadastro Positivo).

Pelos diplomas legais citados verifica-se que a atuação dos bancos de dados é legítima e legal, pela relevante importância do crédito no mercado de consumo. Pois o crédito tem função social em financiar o consumo, movimentar a economia, e contribuir para o desenvolvimento da ordem econômica.

2.2 Natureza jurídica dos bancos de dados

Os bancos de dados podem ter distintos tipos de constituição. Podendo ser uma associação civil, sociedade empresária, sociedade anônima, podendo, ainda, ser públicos, como o Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados – Cadin (arquivo de proteção ao crédito do Banco Central) ou ser privados a exemplo do Serasa Experian. Uma vez constituído banco de dados, essas entidades curvam-se diante do disposto do art. 43, parágrafo 4º do CDC, para o qual “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”⁵⁶

Isto, porém, não os tornam entidades públicas aos moldes do Direito Público, mas o caráter público conferido a eles deve-se ao acesso do consumidor às informações neles contidas. Sendo esse acesso garantido por *habeas data*.

Ainda, neste cerne, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.507/97. Dispõe:

Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.⁵⁷

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/04/12.

⁵⁷ BRASIL. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. “Regula o direito de acesso a informação e disciplina o rito processual do habeas data.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11/10/12.

Portanto, terá o consumidor pleno conhecimento das informações a seu respeito contidas nos banco de dados, ainda que estes tragam em sua constituição a forma jurídica privada. Esta condição do caráter público deve-se, igualmente, ao motivo de suas informações serem transferidas a terceiros.

2.3 Da finalidade dos órgãos de proteção ao crédito

Os cadastros restritivos de crédito trazem sua função em sua própria denominação. Sem defini-los, individualmente, mas, de um modo geral, eles não originam as informações neles pertinentes, eles as coletam, as armazenam e uma vez acionados, no momento de concessão de crédito, transferem-nas a um terceiro. Sobre a finalidade desses bancos de dados Leonardo Roscoe Bessa afirma:

(...) No Brasil, todavia, os mais desenvolvidos são os bancos de dados de consumo que coletam, armazenam e divulgam informações para análise de riscos de concessão de crédito. Em razão desse propósito específico, as entidades de proteção ao crédito, tanto no tratamento de informações positivas como negativas, são espécie de bancos de dados de consumo. **Considerando seu objetivo específico – oferecer informações úteis para análise de risco de concessão de crédito no mercado -, podem ser denominadas de bancos de dados de proteção ao crédito.**⁵⁸(grifo nosso)

Continua o autor supracitado:

Na definição de banco de dados cabe destacar que a lei estabelece uma finalidade para os bancos de dados. Aliás, os bancos de dados se justificam e se legitimam sempre em razão de uma finalidade específica, que deve ser previamente definida. A ausência de finalidade ou a utilização dos dados para fins diversos configura invariavelmente ofensa à privacidade, no aspecto de proteção de dados pessoais⁵⁹.

⁵⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo** - comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.78.

⁵⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo** - comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.82.

Portanto, o acesso indevido a que não seja o fim “análise de risco de crédito”, desvirtua a finalidade dos bancos de dados em análise. Apesar do CDC ao discipliná-los não especificar explicitamente a finalidades destes. Já a Lei nº 12.414/11 deixou, claramente, no seu art. 7º os objetivos específicos de tais entidades:

Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:
I – realização de análise de risco de crédito do cadastrado: ou
II – subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente.⁶⁰

Sendo assim, a função primordial, destes órgãos ligados aos arquivos de consumo, é proteger o crédito, facilitando as relações de consumo, constituindo, desta forma, como órgãos prestadores de serviço no mercado de consumo.

2.4 Limitação das informações de restrição ao crédito

O fato dos arquivos de consumo ter um grande valor na sociedade atual, conseqüentemente, justifica a preocupação com a correta disciplina destes no ordenamento jurídico. Uma vez que eles têm o poder de excluir o cidadão do mercado de consumo, podendo, também, violar direitos da personalidade do indivíduo consumidor.

A Constituição da República de 1988 deu proteção ao consumidor, erigindo a defesa do consumidor ao *status* de direito fundamental, conforme seu artigo 5º, inciso XXXII, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁶¹.

⁶⁰ BRASIL. **Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011**. “Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 14/09/12.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

Frisa-se, que além do consumidor ser o lado hipossuficiente na relação de consumo, ainda, buscou-se dar importância ao crédito para o desenvolvimento da ordem econômica.

Neste cenário, entende-se que a violação aos direitos da personalidade como: a honra, a privacidade, o nome e a imagem; não se configura, desde que respeitado os limites disciplinados. Assim, é legal a consulta das informações aos bancos de dados, devido ao caráter público destes e a garantia constitucional à informação. Porém, ultrapassado este limite, que é a finalidade dos órgãos de proteção ao crédito, não se terá mais tal legalidade, como se observa na jurisprudência colacionada:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SELETIVO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CONSULTA CADASTRO DE INADIMPLENTE (SERASA) CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. (...) é discriminatória e ilegal a consulta da empresa, uma vez que o SERASA não se destina ao fim utilizado pela empresa (...) desta forma, a ré não tinha motivo jurídicos para efetuar consulta às pendências financeiras de candidatos, o que acarreta evidente ofensa à intimidade e privacidade desses (...)⁶²

Neste prisma, vê-se que o limite das informações de cadastro de proteção ao crédito é o respeito aos direitos da personalidade do consumidor e a devida função dos bancos de dados. Assim, o consumidor é tratado como um sujeito de direitos, e não apenas um sujeito de uma relação consumerista.

2.5 Aspecto relevante do inadimplente

Para discorrer sobre a figura do inadimplente na relação de consumo, levando em conta que atualmente as informações negativas ainda predominam perante as positivas, antes é preciso definir inadimplência. De acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz “consiste na falta de prestação devida ou no descumprimento,

⁶² BRASIL.TRT4. RO-0041200-97.2009.5.04.0401, Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em 15/03/12. Acesso em 01/10/12.

voluntário ou involuntário, do dever jurídico por parte do devedor”.⁶³ Feito isso, ressalta-se que a inadimplência é o fator de risco para uma obrigação contraída, na concessão de crédito.

Neste contexto, tem-se o inadimplente aquele que tem seu nome negativado nos cadastros de proteção ao crédito, limitando-o e até o excluindo do mercado de consumo, de um modo geral, impedindo-o de ter acesso ao crédito.

Entretanto, devem-se observar os motivos que levam o nome de uma pessoa a ser negativado nos bancos de dados de proteção ao crédito, sendo eles: o desemprego, ter sido fiador de outrem, falta de controle dos gastos, doença, falta de idoneidade, roubos de documentos pessoais, inserções indevidas e outras causas. Portanto, muitas são estas circunstâncias, não podendo convergir em um motivo, uma vez que isto incidiria em erro. O que deduz, também, pela conjuntura, ser equivocado tachamentos pejorativos ao inadimplente, quando se tratar de cadastro de inadimplentes.

A fim de demonstrar o perfil do inadimplente na relação de consumo, trazem-se os dados dos valores (pecuniários) médios da inadimplência no Brasil, usando para isso o Indicador Serasa Experian, pela sua importância no mercado de consumo:

O Indicador Serasa Experian de Inadimplência do Consumidor reflete o comportamento da inadimplência em âmbito nacional. Considera as variações registradas no número de cheques sem fundos, títulos protestados, dívidas vencidas com bancos e dívidas não bancárias (lojas em geral, cartões de crédito, financeiras, prestadoras de serviços como fornecimento de energia elétrica, água, telefonia etc.) em todo o país. Por levar em conta o inadimplemento das pessoas físicas nas mais diversas modalidades – e não apenas dentro do sistema financeiro, - o índice da Serasa Experian consegue capturar movimentos cíclicos de inadimplência, que, muitas vezes, revelam ocorrências que vão se manifestar no sistema bancário dentro de 6 a 12 meses.⁶⁴

A Serasa Experian é líder na América Latina em serviços de informações para apoio na tomada de decisões das empresas. Segundo a Experian o valor médio das dívidas do consumidor com os bancos, divulgado em 10/10/12, no período de janeiro

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – Teoria Geral das Obrigações. v.2. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.381.

⁶⁴ SERASA EXPERIAN. **Serasa Experian**. Disponível em: http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2012/noticias_00973.htm. Acesso em: 10/10/12.

a setembro de 2012 foi de R\$ 1.298,54; já as dívidas não bancárias, no mesmo período, teve o valor de R\$ 330,81.⁶⁵

Sendo, assim, fica apontado um aspecto do inadimplente em relação ao valor devido, e pelo que se infere, atualmente, a inadimplência não se caracteriza por valores relevantes, o que deduz, também, ser ela mais observada no segmento da classe com menor poder aquisitivo no mercado de consumo.

⁶⁵ SERASA EXPERIAN. **Serasa Experian**. Disponível em: http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2012/noticias_00973.htm. Acesso em: 10/10/2012.

CAPÍTULO III – A PESQUISA DE INFORMAÇÕES EM CADASTRO DE INADIMPLENTES NA SELEÇÃO DE EMPREGO

3.1 consulta indevida no processo seletivo de emprego

Atualmente tem sido bastante questionada a postura das empresas, no mercado de trabalho, em estabelecer como requisito para a contratação de empregados, a consulta prévia aos cadastros de inadimplentes. Assim, neste terceiro capítulo, será explanado sobre esse comportamento do empregador, buscando analisar como a matéria tem sido tratada no judiciário e, também, a proposta legislativa de regulamentá-la.

O processo seletivo é um momento de acesso do trabalhador a uma vaga de emprego, de igual maneira, onde o empregador visa conhecer as características de seu futuro empregado. Geralmente, o candidato a essa vaga terá contato com um agente de recursos humanos, um agente terceirizado de recrutamento ou até mesmo o próprio empregador. Mesmo não existindo qualquer relação jurídica entre as partes, caminha-se para formação de uma relação de emprego.

Com efeito, não existe vínculo empregatício nesta fase, mas isso não impede ou a imuniza de atos abusivos e lesivos ao direito ao trabalho, configurando em alguns casos em verdadeiras práticas discriminatórias da fase pré-contratual laboral.

Igualmente, nesse momento crítico, este comportamento do empregador se enquadra numa questão delicada à privacidade e ao acesso de informações de arquivos de bancos de dados, como mostra Leonardo Roscoe Bessa:

Pode-se afirmar que há consenso, entre os países que se preocupam com o tema, no sentido de que uma das formas de amenizar a tensão existente entre direito à privacidade e direito à informação é estabelecer que, para legitimar o tratamento das informações, deve haver prévia definição da finalidade dos bancos de dados. Como consequência, os dados só podem ser recolhidos e utilizados para fins específicos. E mais: os dados devem ser úteis e proporcionais (não excessivos), considerando os propósitos dos arquivos de consumo.⁶⁶

⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.123.

Aliás, já se mostrou no presente estudo monográfico que o objetivo principal e determinado dos bancos de dados de consumo é proporcionar informações para análise de risco de concessão de crédito. Não tendo, porém, justificativa fora dessa direção. Neste sentido Bessa aponta:

Constitui ofensa à privacidade acessar informações constantes em bancos de dados de proteção ao crédito por mera curiosidade ou por ocasião da contratação da pessoa para determinado emprego. Tal acesso indevido ofende o direito fundamental à proteção de dados e enseja indenização por danos materiais e morais.⁶⁷(grifo nosso)

De fato, o desvio da finalidade das informações dos cadastros de inadimplentes faz tornar ilegítima e infundada a consulta a essas entidades. Permitindo-se, conseqüentemente, a busca por indenização baseada nos motivos da ofensa e violação de direito à personalidade do trabalhador.

Contudo não se pode negar a liberdade de contratar do empregador devido a sua autonomia de regular seus próprios interesses no contrato de trabalho. Amauri Mascaro Nascimento relata essa colisão de direitos:

Um problema cuja solução nem sempre é fácil no contrato individual de trabalho é o devido equacionamento entre a liberdade e a igualdade, mas precisamente, entre a livre escolha que não pode ser negada ao empregador para ter como seu empregado quem for assim por ele determinado, e a preservação do direito do trabalhador em não ser discriminado diante das oportunidades de emprego que apareçam em sua vida profissional.⁶⁸

Portanto não se nega a autonomia privada, mas tem-se que ela não é absoluta, aliás, tem-se a aplicação dos direitos fundamentais na sua eficácia horizontal, conforme afirma Paulo Gustavo Gonet Branco:

⁶⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.117.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.496.

No Brasil, os direitos fundamentais são protegidos nas relações entre particulares por meios variados. Eles o são por via de intervenções legislativas - basta notar a plethora de atos legislativos assegurando a formação livre da vontade dos economicamente mais fracos e prevenindo a discriminação, no âmbito das relações civis, em especial nas de consumo e nas de trabalho.⁶⁹

Desta feita, não se perde de vista que a relação de emprego é uma relação de subordinação do empregado ao empregador. Para qual se atenta a justiça na intenção de coibir violações de direitos. Neste contexto Firmino Alves Lima advoga:

A proteção contra a discriminação não envolve somente a limitação do poder de contratar, mas também a intervenção no mercado de trabalho, pretendendo que este se torne menos injusto ao alterar a dinâmica de valoração do trabalho humano.⁷⁰

A que se notar na postura do empregador ao pesquisar o nome do candidato a uma vaga de emprego, que não se cogita apenas sua liberdade em poder escolher, mas, também, a possibilidade de agressão a princípios constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana e da promoção social do trabalho. Isto se torna mais complicado quando não existe no ordenamento jurídico normatização a respeito. Assim, pode-se falar em consulta indevida às informações do consumidor, usadas contra este no mercado de trabalho.

3.2 A inadimplência do trabalhador como parâmetro de contratação

Quando se busca informação de uma pessoa em bancos de dados de proteção ao crédito, cujo objetivo é admissão para uma vaga de emprego, pode ocorrer o risco de elevar a inadimplência como elemento de aferição da idoneidade de um trabalhador. Haja vista, as várias reclamações que perseguem no judiciário as

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316-317.

⁷⁰ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 71.

informações de consumo, não questionando sua legitimidade, mas referindo ao uso indevido e, também, os vários motivos que levam uma pessoa a ser inadimplente em suas obrigações. Por esses motivos a inadimplência não deve ser usada como parâmetro do caráter de uma pessoa.

Neste sentido faz importante trazer a opinião da deputada federal Erika Kokay, que além de bancária tem a formação de psicóloga. É dela um dos projetos de lei que busca vedar o uso das informações de bancos de dados de proteção ao crédito para os fins admissional de emprego. Para a deputada o que deve ser analisado é a capacidade e o desempenho que uma pessoa carrega para o cargo pretendido. Uma vez que o critério inadimplente, por ele somente, não indica que uma pessoa tenha como traço na sua personalidade algo que vai se expressar no local de trabalho, por isso, há um elemento discriminador nesta forma de agir. Para a congressista são condições de um momento específico, circunstanciais, que a pessoa passa, ou seja, inadimplência não mede o caráter para a vaga de trabalho.⁷¹

Assim, tirar as oportunidades do trabalhador por causa de sua condição de inadimplente, é considerá-lo inapto para determinada função. Não se nega a existência daquele que nas suas obrigações age com o objetivo determinado de lesar a outrem, mas este é apenas um dos muitos motivos da inadimplência, não serve como padrão geral de fundamento á conduta pessoal do trabalhador.

É importante aludir que além da inadimplência não ser critério definidor da personalidade, conforme alega a deputada supracitada, essa condição do trabalhador, não pode ser considerada elemento de risco do empreendimento do empregador. Portanto, é censurável a alegação de não contratar em virtude das atribuições da função. Neste ponto, a que se falar em consulta infundada. Se, sobre essa justificativa, citar-se a condição do inadimplente. Não se nega, pelo afirmado, que haja funções que a lei especificará critérios para ocupação. Porém, não existe norma que disponha de tal diferenciação para o inadimplente. Ademais, a própria CLT assegura que o risco do empreendimento é do empregador, não podendo ser transferido ao empregado, como se transcreve *in verbis*:

⁷¹ KOKAY, Erika. Saber se o trabalhador tem dívidas e não paga é uma informação importante? **Eis a Questão**. DF. 23/08/2012. Entrevista concedida a Jairo Ribeiro. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/radio/materias/eis-a-questao!/424664-saber-se-o-trabalhador-tem-dividas-e-nao-paga-e-uma-informacao-importante.html>. Acesso em 28/09/12.

Art. 2º - considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.⁷²

Contudo, se esse trabalhador admitido manifestar conduta inidônea durante o contrato de trabalho, o empregador terá respaldo contra aquele, podendo usar até de uma rescisão por justa causa.

3.3 Necessidade de regulamentação da matéria por intermédio de lei

Sabe-se que no ordenamento jurídico pátrio não existe norma que proíba, descritivamente, a consulta a bancos de dados de proteção ao crédito para fins de admissão no emprego. Motivo, o qual pode ser invocado para justificá-la. No entanto, é necessário trazer os direitos envolvidos neste fato.

Não bastasse a violação de direitos do trabalhador, como o de não ser discriminado, o direito ao trabalho e a ofensa a sua personalidade, tem-se como já exposto, o confronto destes direitos com a autonomia do empregador. Resolver problema jurídico deste tipo consiste em ponderar valores como frisa Paulo Gustavo Gonet Branco:

Definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade. Há de se efetuar essa ponderação à vista de casos concretos, reais ou ideados. Cabe ao legislador, em primeiro lugar, estabelecer em que hipótese a autonomia da vontade haverá de ceder.⁷³ (...)

Nesta incidência dos direitos fundamentais, Gonet Branco parece apontar que a positivação de uma questão crítica pode ser a solução do conflito, onde a lei ao

⁷² BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. “Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.313.

ponderar valores, no caso em estudo, restringe a liberdade do empregador em benefício do trabalhador.

O que se percebe é o fato da justiça do trabalho estar diante de situação semelhante às das “listas negras” ou “listas sujas”. Na quais vários empregadores não queriam ter como seus empregados, trabalhadores que já tinham movimentado a justiça trabalhista em face dos ex-patrões. Usando de métodos nada plausíveis para conseguir essa informação, como aduz Firmino Alves Lima:

(...) para saber tal situação, contratam profissionais especializados em proceder tais levantamentos. Algumas entidades patronais são acusadas de formar uma relação de trabalhadores como *personas non gratas*. A lista circulava dentro de determinada atividade econômica de forma bastante restrita ou mesmo de modo secreto. Uma vez que determinado candidato é adicionado à referida lista, ele praticamente não tem como obter novo emprego dentro daquele ramo de atividade econômica.⁷⁴

Atitudes que induz o trabalhador a não postular reclamações trabalhistas por medo de não conseguir novo trabalho. Em 30/08/02 o TST cancelou consulta pelo nome do trabalhador no seu *site*, já que o mesmo vinha sendo utilizado para fazer listas negras e, ainda, o presidente do TST recomendou aos Tribunais Regionais do Trabalho - TRTs que só expedissem certidões com o devido pedido justificado⁷⁵. Contudo, não existe lei que proíba a elaboração de tais listas, deixando o trabalhador as margens de uma discriminação indireta e sútil.

O Ministério Público do Trabalho - MPT tem agido na coibição da conduta de empresas que pesquisa o nome do candidato em cadastro de informações negativas, propondo ação civil pública e recorrendo em defesa dos trabalhadores.

Nas controvérsias a respeito das normas antidiscriminatórias, faz-se necessário a positivação de uma norma descritiva, já que esta conforme Firmino Alves Lima “é o tipo de norma que procuram conceituar o que efetivamente seja discriminação”.⁷⁶ Desta forma, atesta o autor a importância que a norma descreva o

⁷⁴ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p.221.

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 508.

⁷⁶ LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 153.

motivo da discriminação. Isto parece resolver, também, o problema da discussão existente sobre o rol destas normas, em relação a esta prática.

Desta forma, não mais se questionará a matéria, pois no judiciário, onde ainda se discute a configuração do ato discriminatório, discutir-se-á se houve a consulta indevida e sua devida reparação. Já que foge a competência do judiciário legislar sobre a matéria.

3.4 Dos imperativos do projeto de lei nº 7.756/10

Com o objetivo de proibir a consulta de informações de proteção ao crédito como critério impeditivo de acesso ao emprego e a sua manutenção, atualmente, tramita no Congresso Nacional o PL nº 7.756/10 (origem PLS 266/08 de autoria do senador Mauro Couto). Apensados a ele estão outros nove projetos de mesmo teor, os quais sejam: PL 7.809/10, PL 6.328/02, PL 2.707/03, PL 2.732/03, PL 3.374/08, PL 3.376/08, PL 3.284/12, PL 3.385/12 e PL 4.006/12.

Nas justificativas do projeto e apensos aparecem os fundamentos em comum: forma de discriminação do trabalhador, dupla penalização do trabalhador, violação a preceitos constitucionais. Tais fundamentos nem sempre se mostram os mesmos nos projetos apensados, ocorrendo de maneira semelhante com os pretensos dispositivos legais a serem alterados.

O PL 7.756/10 visa alterar o art. 12 da CLT acrescentando o seguinte:

Art. 12-A. É vedada a consulta a bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito, mantidos por pessoas jurídicas públicas ou privadas, para fins de seleção e admissão de empregados.

Parágrafo único. A infração ao disposto neste artigo autoriza a aplicação de multa, pelo órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, fixada em, no mínimo, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, no máximo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sem prejuízo da reclamação por dano moral promovida pelo trabalhador, cuja indenização mínima será de 10 (dez) vezes o valor do salário oferecido para o cargo ou função.⁷⁷

⁷⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.756**. “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para incluir dispositivo que proíbe a consulta a bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito, públicos ou privados, para fins de admissão de empregados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=795961&filename=PL+7756/2010. Acesso em 20/10/12.

A penalidade do empregador neste tipo de conduta é plausível, pois nada adianta só proibir, se não houver a garantia da eficácia da norma que traga tal proibição. Não obstante a essa penalidade, é importante ressaltar o não prejuízo do trabalhador em buscar indenização por danos morais, como disposto no parágrafo único da redação do proposto art. 12-A.

Na justificativa dessa proposta encontram-se os seguintes argumentos: uma vez atendido às demais qualificações técnicas para o preenchimento da vaga, o candidato não deve ser excluído. Defende-se, ainda, haver o infringimento de ordem constitucional, cujo motivo é a invasão da privacidade do trabalhador e a penalidade equivocada deste. Fundamentando, também, na Convenção nº111 da OIT.⁷⁸

Cinco destas propostas (em apensos) referem-se à prática elucidada como uma forma de discriminação do trabalhador. Como se vê na justificativa do PL 3.376/08, cuja autoria da deputada Rose de Freitas, que tem em vista a alteração da Lei nº 9.029/95:

Trata-se de impedimento abusivo e discriminatório. “Estar com o nome sujo”. No SPC/SERASA, na grande maioria dos casos, é uma decorrência natural de problemas financeiros oriundo de mal planejamento orçamentário ou dos elevados encargos financeiros cobrados pelos bancos, cartões de créditos e financeiras que acabam tornando a dívida impagável. Qualquer cidadão em situação de inadimplência tem o direito de apresentar sua defesa, ou um plano de quitação de seus débitos. Ser recusado sumariamente para uma vaga ou mesmo ser demitido por estar em inadimplência é ato discriminatório totalmente sem fundamento.⁷⁹

No que se percebe, deste argumento, trata-se de uma discriminação do trabalhador em razão do fator econômico-financeiro em que este se encontra.

Existem os que veem nessa prática uma dupla penalidade ao trabalhador, como se não bastasse estar excluído do mercado de trabalho, ainda veda-lhe o

⁷⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.756**. “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para incluir dispositivo que proíbe a consulta a bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito, públicos ou privados, para fins de admissão de empregados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=795961&filename=PL+7756/2010. Acesso em 20/10/12.

⁷⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.376/08**. “Altera a Lei nº9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências, para dispor sobre a discriminação do trabalhador cujo nome figure como inadimplente para com obrigações financeiras em bancos de dados privados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=561363&filename=PL+3376/2008. Acesso em:20/10/12.

ensejo de solucionar seus problemas financeiros. Conforme fundamenta no PL 3.385/12 de autoria dos Deputados Chico Alencar e Ivan Valente:

(...) Na verdade, essa consulta poderia inviabilizar o inadimplente a conseguir um emprego e, com isso, saldar suas dívidas, criando verdadeiro ciclo vicioso contrário ao interesse público e social.⁸⁰

Na mesma linha, encontra-se no PL 2.707/03 de autoria do deputado Dimas Ramalho:

O cidadão com restrições nessas entidades já é apenado porque não tem crédito no comércio. Vedar-lhe o acesso a um emprego ou, se tiver um, correr o risco de perdê-lo, é uma iniquidade, que não encontra respaldo em nosso sistema jurídico. Para alguém que passa por dificuldades financeiras e tem dívidas a saldar, a única saída é ter dinheiro suficiente para honrar seus compromissos e certamente sem emprego não conseguirá fazê-lo.⁸¹

Nesta ótica, torna-se vital para o trabalhador ter um emprego para honrar com suas obrigações e compromissos financeiros. Se ter um emprego é uma condição para estar na sociedade de consumo e ter meios para própria sobrevivência, então, a conduta do empregador em análise tem como uma de suas consequências a exclusão social.

A violação a preceitos constitucionais, também, fundamenta tais propostas. Desta forma, aparece no PL 3.284/12 de autoria do Deputado Onofre Santo Agostini:

A pesquisa do nome dos candidatos ao emprego é discriminatória e caracteriza invasão de privacidade dos candidatos, fere princípios atribuídos pela Constituição Federal como o direito ao trabalhador, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade da intimidade, da vida

⁸⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.385/12**. “Proíbe a consulta e aplica multa a Pessoa Jurídica de Direito Privado que pesquise em cadastros de inadimplência públicos ou privados nomes de candidatos a emprego para fins de seleção.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=968388&filename=PL+3385/2012. Acesso em: 20/10/12.

⁸¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.707/03**. “Veda o uso de informações sobre restrições de crédito como critério impeditivo ao acesso a relação de emprego ou a sua manutenção.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=188413&filename=PL+2707/2003. Acesso em 20/10/12.

privada, da hora e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano moral e material decorrente de sua violação.⁸²

Ao que se percebe, uma preocupação do legislador em dar garantia ao candidato, para que os bancos de dados de proteção ao crédito não sejam usados para além dos seus fins.

Portanto, os ditames do projeto de lei e seus apensos, nos quais alguns propõem modificar dispositivo da CLT e outros visam mudança na Lei nº 9.029/95, certamente visam sanar a ausência de regulamentação do assunto, não ficando o legislador omissos aos fatos demandados no judiciário como será demonstrado a seguir.

3.5 A conduta do empregador numa análise judicial

É relevante a matéria da análise de informação em bancos de dados, para admissão de emprego no judiciário. Os Tribunais Regionais do Trabalho, assim como os juízes de primeiras instâncias, vêm entendendo que configura discriminação este tipo de comportamento, porém existe divergência jurisprudencial.

Em 26/06/2007, a quarta turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – TRT4, do Estado do Rio Grande do Sul, julgou um recurso ordinário de uma empresa, cuja reclamação trabalhista era a não contratação de um candidato à vaga de representante comercial, pelo mesmo estar com o nome negativado no SERASA, conforme mostra a ementa:

DANO MORAL. SELEÇÃO DE CANDIDATOS PARA O CARGO DE REPRESENTANTE COMERCIAL. CONSULTA AO SISTEMA SERASA. Hipótese em que não há amparo para a condenação ao pagamento de

⁸² BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.284/12**. “Acrescenta-se o parágrafo único ao artigo 1º da lei 9.029 de 13 abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=966446&filename=PL+3284/2012. Acesso em: 20/10/2012.

indenização por danos morais, ante a inexistência de ato ilícito praticado por parte da reclamada. Recurso provido.⁸³

Neste julgamento não houve responsabilidade da reclamada, uma vez que o tribunal considerou não haver relação de trabalho entre as partes, e, por ser pública a consulta do cadastro SERASA. Provendo o recurso, conforme se expõe da relatora Tânia Maciel de Souza:

Em primeiro lugar, salienta-se que não chegou a ser consumada a contratação da reclamante, (...). Aquela apenas participou de um processo seletivo para preenchimento de uma vaga,(...). O fato de haver sido preterida em relação a outro candidato não gera o direito à percepção de indenização por danos morais. (...) De outra parte, ao contrário do alegado pela recorrida, a consulta ao SERASA S/A não é ilícita, podendo ser realizada por qualquer pessoa física/jurídica que esteja associada a esse sistema. Veja-se que a reclamada deverá ter plena confiança no candidato destinado a preencher a vaga de Representante Comercial, uma vez que confiará o valor de seus produtos a essa pessoa. Conclui-se, portanto, que não há amparo legal para a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, ante a inexistência de ato ilícito praticado por parte da reclamada. Recurso provido, para absolver a reclamada da condenação ao pagamento de indenização por danos morais.⁸⁴

Portanto, o tribunal, nesta ação não levou em conta a finalidade do SERASA. Além disso, obstante a essa jurisprudência, foi deixado de lado à responsabilidade pré-contratual. Porém, o TRT4 mudou seu entendimento como se verá mais adiante.

Colaciona-se, também, um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - TRT10, do Distrito Federal e do Estado do Tocantins, onde o MPT em face do Banco Brasil S/A, pedia que este deixasse de exigir nos seus futuros editais a restrição creditícia do candidato aprovado, condicionando sua contratação. O banco recorreu, do qual acórdão se extrai a ementa:

ILICITUDE DA EXIGÊNCIA DE NÃO INSCRIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CERTAME PÚBLICO E TERCEIRIZADOS EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CARACTERIZAÇÃO DE PRÁTICA

⁸³ BRASIL, **TRT4.RO-03120-2005-232-04-00-0**, Relatora: Tânia Maciel de Souza. Publicado em 07/08/2007, acesso em 10/05/12.

⁸⁴ BRASIL, **TRT4.RO-03120-2005-232-04-00-0**, Relatora: Tânia Maciel de Souza. Publicado em 07/08/2007, acesso em 10/05/12.

DISCRIMINATÓRIA VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO VIGENTE (ART. 5º, INCISO X). A exigência do Banco réu de que tanto os candidatos aprovados em concurso público como os trabalhadores terceirizados que lhe prestam serviços não possuam restrição creditícia para a contratação é prática discriminatória vedada pela Constituição Federal vigente (CF, art. 5º, inciso X). As disposições contidas no já revogado artigo 508 da CLT também não respaldam as práticas discriminatórias adotadas pelo Banco réu, até porque, segundo se repostou em sentença, é hipótese específica de justa causa do empregado bancário, o que pressupõe a existência de contrato de trabalho em curso, o que não é o caso, já que as exigências questionadas inserem-se na fase preliminar à formação do contrato.⁸⁵

Pelo visto percebe-se que esse tribunal reconheceu o tratamento de uma prática discriminatória no trabalho. Nota-se isto no inteiro teor do acórdão, como relata a desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira:

(...) necessárias à conclusão do nosso posicionamento acerca deste caso concreto, destaca-se que o cerceamento do Banco do Brasil, constante de editais de concursos públicos, aos postulantes de empregos, que tenham seu nome inscrito nas entidades encarregadas de promover listas com restrições creditícias, tais como SERASA e outros, revela-se nitidamente discriminatória e absurda. Essa postura afronta a dignidade do ser humano, não respeita os valores sociais do trabalho, discrimina, aprofunda o fosso das desigualdades sociais, além de restringir o acesso ao pleno emprego, garantias constitucionais inculpidas nos arts. 1º, III e IV; 3º, III, IV e 170, VIII.⁸⁶

Assim, o TRT10 fundamentou a configuração da discriminação baseada na violação de princípios constitucionais, dando profunda importância ao valor do trabalho à dignidade do trabalhador.

Em semelhante ação civil pública o TST reconheceu o recurso de revista do MPT, restabelecendo a sentença de origem, em face do Banco Central do Brasil, onde no edital de licitação à empresa terceirizada, destinado à vaga de vigia daquela entidade. Como se observa na seguinte jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILANTES. EDITAL DE LICITAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO. Discute-se, "in casu", a legalidade da

⁸⁵ BRASIL. TRT10. RO-01715-2009-005-10-00-3, Relatora: desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira. Publicado em 17/06/2011, acesso em 21/10/12.

⁸⁶ BRASIL. TRT10. RO-01715-2009-005-10-00-3, Relatora: desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira. Publicado em 25/05/2011, acesso em 21/10/12.

cláusula contida em edital de licitação, na qual se prevê a impossibilidade de contratação, pela empresa terceirizada, de vigilante que apresentar restrição creditícia, mediante consulta em serviços de proteção ao crédito. Para que se confira validade à discriminação perpetrada, necessária a comprovação de que o fator adotado como critério de desigualdade tenha relação com a finalidade a ser alcançada com a lei ou, no caso, com o edital de licitação. Isso porque, não pode haver eleição de critério de discriminação que não guarde nenhum tipo de relação com a finalidade buscada pelo setor público, *in casu*, a contratação de serviço de vigilância. No caso concreto, a situação financeira do empregado vigilante não tem vinculação com o serviço a ser prestado, tampouco atesta a idoneidade do empregado, o que demonstra se tratar de eleição de fator arbitrário para a seleção dos vigilantes a serem contratados (...)"⁸⁷

Notório julgado em se tratando de uma autarquia federal e pela sua importância no setor financeiro. Considerou o tribunal, tratar-se de um fator arbitrário da instituição, injustificado, sem respaldo normativo como se observa nos dizeres do relator:

(...) Por outro lado, dispõe-se no art. 5º, XIII, da Constituição Federal que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Assim, somente mediante previsão legal poderão ser impostas restrições ao exercício de qualquer profissão. (...) Da exegese da Lei nº 7.102/83, que disciplina a função de vigilante, não se constata a previsão de restrição ao seu exercício, no caso de débito registrado nos serviços de proteção ao crédito. (...) Ressalte-se, inclusive, que a restrição à atividade bancária contida no art. 508 da CLT, no qual havia previsão de demissão por justa causa na hipótese de falta de pagamento de dívida legalmente exigível, deixou de existir, ante a revogação desse artigo pela Lei nº 12.347/2010. Ora, se o próprio bancário - que lida diretamente com grande quantidade de numerário - não tem restrição para o exercício da sua função, no caso de não pagamento de dívida, muito menos se pode exigir do vigilante que se adeque a requisito totalmente desvinculado da sua atividade-fim."⁸⁸

No mérito, ressalta o relator, que o banco deixou de observar o preceito constitucional ao estabelecer cláusula nova, sem suporte legal. Portanto, a cláusula foi considerada discriminatória, no edital de licitação, por violar princípios constitucionais.

⁸⁷ BRASIL. **TST.RR-123800-10.2007.5.06.0008**, Relator: min. Pedro Paulo Manus. Publicado em 03/02/2012, acesso em 02/11/2012.

⁸⁸ BRASIL. **TST.RR-123800-10.2007.5.06.0008**, Relator: min. Pedro Paulo Manus. Publicado em 03/02/2012, acesso em 02/11/2012.

Jurisprudência observada do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - TRT9, do Estado do Paraná, também, esclarece sobre a ilegalidade da consulta indevida aos órgãos de proteção ao crédito:

CONSULTA JUNTO AO SPC E AO SERASA PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO. DANO MORAL CONFIGURADO. A consulta a órgãos que prestam serviços de proteção ao crédito apenas se mostra aceitável na hipótese de concessão de empréstimo ou na possibilidade de se firmar contrato oneroso em que o trabalhador figurasse como devedor. Se o obreiro possui dívidas, tal não pode configurar fato impeditivo para que obtenha o emprego ou nele permaneça, e a consulta a pendências financeiras constitui flagrante ofensa á intimidade, o que enseja o pagamento de compensação por dano moral, nos termos dos arts. 5º da CRFB, 186 e 927, do CC.⁸⁹

Por esta decisão, observa-se que os tribunais, estão atentos a finalidade das informações creditícias, já discutidas neste trabalho.

Porém, o TST divergiu em julgado na data de 24/02/2012, na qual a segunda turma do TST rejeitou apelo do MPT, não conhecendo seu recurso de revista:

PROCESSO DE SELEÇÃO - PESQUISA SOBRE A CONDUTA PESSOAL DO CANDIDATO (violação aos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei nº 9.029/1995). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há de se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea -c- do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.⁹⁰

O MPT havia proposta ação civil pública, em que uma rede de supermercado foi condenada em primeira instância à obrigação de não fazer a pesquisa em análise, sob penalidade de multa de R\$ 10.000,00 por cada consulta realizada. No recurso da empregadora, foi alegado não se tratar de discriminação quanto ao critério utilizado no processo seletivo, justificando a conduta pela natureza do cargo pretendido.

⁸⁹ BRASIL. TRT9.RO- 30471-2009-084-09-00-3, Relatora: Rosalie Michaelae Bacila Batista. Publicado em 08/07/2011. Acesso em: 21/10/2012.

⁹⁰ BRASIL. TST.RR-38100-27.2003.5.20.0005, Relator: min. Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 24/02/2012. Acesso em: 02/11/2012.

A decisão do TST confirmou o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região – TRT20, do Estado de Sergipe, não identificando violação de preceitos constitucionais e, ainda, não reconheceu haver discriminação do trabalhador. E sobre os bancos de dados, assim, expressou o ministro relator Renato de Lacerda Paiva:

(...) Se os cadastros de pesquisas analisados pela reclamada são públicos, de acesso irrestrito à toda a coletividade, não há como admitir que a conduta da empresa tenha violado a – intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...) ⁹¹

Salientou o relator que o dispositivo da Lei 9.029/95 não serve para sustentar e nem tem pertinência com a prática da reclamada. E ao referir ao acórdão recorrido atestou:

Como bem salientado pelo acórdão recorrido, - não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade (...) ⁹²

Neste julgado do TST em que não se reconheceu a conduta empresarial como forma de discriminação laboral, alegando não haver possibilidade de enquadramento da hipótese do art. 1º da Lei 9.029/95, abre precedente e fomenta para outras empresas a continuarem a buscar informações do nome do candidato ao serviço de proteção ao crédito.

Contudo, seguindo a linha dos Tribunais Regionais, a sétima turma do TRT4, julgou recurso ordinário datado em 07/03/2012, reformando a sentença de primeira instância da 1ª vara do trabalho da cidade de Caxias do Sul, Rio Grande do Sul. Acordaram a turma recursal, por unanimidade, mudando o entendimento dessa corte e contrariando o do TST, conforme jurisprudência colacionada:

⁹¹ BRASIL. **TST.RR-38100-27.2003.5.20.0005**, Relator: min. Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 24/02/2012. Acesso em: 02/11/2012.

⁹² BRASIL. **TST.RR-38100-27.2003.5.20.0005**, Relator: min. Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 24/02/2012. Acesso em: 02/11/2012.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SELETIVO. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CONSULTA CADASTRO DE INADIMPLENTES (SERASA) CONDUTA DISCRINATÓRIA. Hipótese em que as provas do feito são hábeis a demonstrar prática discriminatória e limitativa da empresa ré para efeito de acesso à relação empregatícia, mormente porque confirmam a restrição ao emprego de candidato em processo seletivo motivada por consulta a cadastro de inadimplentes. É discriminatória e ilegal a consulta da empresa, uma vez que o SERASA não se destina ao fim utilizado pela empresa. (...). Impedir um trabalhador que eventualmente poderá ser um excelente profissional tão somente por possuir dívidas implica em não observar a função social do contrato de trabalho, (...). Dessa forma, a ré não tinha motivos jurídicos para efetuar consulta às pendências financeiras de candidatos, o que acarreta evidente ofensa à intimidade e privacidade desses.(...)⁹³

O fato da ação decorreu em que foi verificado de um motorista encaminhado pelo Sistema Nacional de Emprego – SINE, à vaga da empresa de transporte, foi considerado reprovado no processo de seleção, apenas por estar com o nome negativado no cadastro da SERASA. Em resposta a reclamada alegou estar pautado nas exigências de sua seguradora, uma vez que esta não aceita realizar seguro de cargas conduzidas por motoristas e ajudantes cujos nomes estejam inscritos no SERASA.

Da sentença de primeira instância em recurso ordinário alegou o MPT:

(...) a empresa abusa do seu poder de contratar, além de afrontar a intimidade e privacidade dos trabalhadores reprovados no processo seletivo (...) entende que a conduta da empresa fere direitos básicos dos trabalhadores. Invoca o art. 3º, inc IV, e o art. 5º, inc. XLI, da CF, bem como o art. 1º, da Lei 9.029/95, e art. 1º da Convenção nº 111 da OIT. Cita, outrossim, o art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Declara que “a não contratação de trabalhadores porque sobre eles figura alguma inscrição no SERASA e prática de exclusão infundada do mercado de trabalho e, por consequência, de exclusão social, de forma a privilegiar o capital e o lucro em relação a direitos fundamentais conferidos pela Constituição Federal ao trabalhador, como a dignidade, o tratamento sem discriminação, a preservação da sua intimidade e privacidade.”⁹⁴

Portanto, fundamentou o MPT com os mesmos elementos demonstrados neste presente estudo monográfico. Razão para qual, o ato de consultar cadastros

⁹³ BRASIL. TRT4.RO-0041200-97.2009.5.04.0401, Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em 15/03/12. Acesso em 21/10/12.

⁹⁴ BRASIL. TRT4.RO-0041200-97.2009.5.04.0401, Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em 15/03/12. Acesso em 21/10/12.

de proteção ao crédito na seleção de emprego, é conduta discriminatória. Desta forma, neste julgado, frisou o relator Marcelo Gonçalves de Oliveira:

Entendo que a prática em questão afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, valores sociais e de não discriminação. Dessarte, considero discriminatória e ilegal a conduta da empresa, uma vez que o SERASA não se destina ao fim utilizado pela empresa. Não é lógica a conduta da ré de verificar se o seu futuro empregado possui dívidas, porque este é que, na verdade, será o efetivo credor de valores pecuniários da relação empregatícia e não o contrário. Por conseguinte, é evidente a discriminação de acesso ao emprego em razão de situação econômico-financeira do trabalhador. Ora, impedir um trabalhador que eventualmente poderá ser um excelente profissional tão somente por possuir dívidas implica em não observar a função social do contrato de trabalho, já que se está a negar a única forma de emprego formal dele para saldar com seus compromissos financeiros.⁹⁵

Pelo exposto entendeu o TRT4 tratar-se de efetiva discriminação, apesar de ter dado provimento parcial ao recurso, uma vez que não foi reconhecido ter havido dano moral coletivo, como pedido pelo MPT.

Por tudo, na matéria processual, o assunto releva sua complexidade, com algumas divergências jurisprudenciais, desde a questão da previsão legal, à função das entidades de proteção ao crédito, violação de princípios constitucionais e a configuração da discriminação do trabalhador. Contudo, os TRTs tem formado entendimento no sentido que esse procedimento do empregador é um tratamento injustificado ao trabalhador.

⁹⁵ BRASIL. TRT4.RO-0041200-97.2009.5.04.0401, Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em 15/03/12. Acesso em 21/10/12.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto ao longo da presente monografia, buscou-se analisar a possível configuração de discriminação do trabalhador, em face da consulta aos cadastros de inadimplência, na admissão daquele.

A questão torna-se complexa, quando se busca consolidar uma interpretação nos âmbitos legal, doutrinal e jurisprudencial. Apesar dos pontos comuns, não existe um consenso sobre a forma de configuração de um ato discriminatório na relação de trabalho.

No aspecto normativo, pela doutrina, têm-se os problemas da disposição taxativa e exemplificativa, e a ausência de previsão legal, assim o que pode ser considerado discriminação por determinado autor pode não ser para outro.

Porém, quando a matéria toma os rumos do judiciário, não obstante a falta de regularização, o assunto vem sendo fundamentado com respaldo constitucional. E, apesar de não unânime, a Justiça do Trabalho, com relevante participação do MPT em defender a coletividade, tem entendido que se está diante de uma conduta empresarial discriminatória.

Quanto aos bancos de dados de proteção ao crédito, conclui-se que a legitimidade destes existe em razão da função pelas quais foram criados. Correta exigência, portanto, de responsabilização no seu desvirtuamento. Confirmando, desta forma, ser ilegal o procedimento do empregador.

Deste modo, pelo examinado, constata-se a discriminação do candidato ao emprego. Por não haver justificativa no tratamento diferenciado do trabalhador inadimplente, e pelas violações de princípios constitucionais. Ao que ameaça o princípio da dignidade humana, a vida privada da pessoa do trabalhador, além de dificultar o acesso ao trabalho, tirando a igualdade de oportunidades, contribuindo para a exclusão social. Motiva-se, portanto, não no aspecto pessoal para diferenciar e excluir, mas numa conduta inadequada de um segmento da sociedade de consumo, fator estranho à relação de trabalho.

Todavia não é a regularização por lei que demonstrará que essa prática é discriminatória, pois a disposição em norma virá dar segurança jurídica a uma situação já discutida e reconhecida no judiciário, porém divergente. Assim, a normatização serve para sustentar a caracterização discriminatória da prática,

mesmo que seja proibitiva, pois se trata de uma conduta na seara trabalhista que deve ser proibida. Mas, se for descritiva, finalizará essas discussões, uma vez que terá o objetivo de disciplinar o fato.

Neste sentido, posiciona-se às propostas do Projeto de Lei que visa proibir o uso indevido das informações de proteção ao crédito para admissão de emprego. Devendo nos ditames da lei ser a norma descritiva, para melhor entender que se trata de uma forma de discriminação do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. rev. e amp. São Paulo: LTR, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: Comentário à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. “Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

BRASIL. **Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. “Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão”. Disponível em; <http://www6.senado.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

BRASIL. **Lei n.7.716, de 5 de janeiro de 1989**. “Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/04/12.

BRASIL. **Lei n.9.029, de 13 de abril de 1995**. “Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/09/12.

BRASIL. **Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997**. “Regula o direito de acesso a informação e disciplina o rito processual do habeas data.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11/10/12.

BRASIL. **Lei n.º 12.414, de 09 de junho de 2011**. “Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em 14/09/12.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.707/03**. “Veda o uso de informações sobre restrições de crédito como critério impeditivo ao acesso a relação de emprego ou a sua

manutenção.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=188413&filename=PL+2707/2003. Acesso em 20/10/12.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.284/12**. “Acrescenta-se o parágrafo único ao artigo 1º da lei 9.029 de 13 abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=966446&filename=PL+3284/2012. Acesso em: 20/10/2012.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.376/08**. “Altera a Lei nº9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências, para dispor sobre a discriminação do trabalhador cujo nome figure como inadimplente para com obrigações financeiras em bancos de dados privados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=561363&filename=PL+3376/2008. Acesso em: 20/10/12.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.385/12**. “Proíbe a consulta e aplica multa a Pessoa Jurídica de Direito Privado que pesquise em cadastros de inadimplência públicos ou privados nomes de candidatos a emprego para fins de seleção.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=968388&filename=PL+3385/2012. Acesso em: 20/10/12.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.756**. “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para incluir dispositivo que proíbe a consulta a bancos de dados e cadastros de proteção ao crédito, públicos ou privados, para fins de admissão de empregados.” Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=795961&filename=PL+7756/2010. Acesso em 20/10/12.

BRASIL, **TRT4.RO-03120-2005-232-04-00-0**, Relatora: Tânia Maciel de Souza. Publicado em 07/08/2007. Acesso em 10/05/12.

BRASIL.**TRT4.RO-0041200-97.2009.5.04.0401**, Relator: Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em 15/03/12. Acesso em 01/10/12

BRASIL. **TRT9.RO-30471-2009-084-09-00-3**, Relatora: Rosalie Michaele Bacila Batista. Publicado em 08/07/2011. Acesso em: 21/10/2012.

BRASIL. **TRT10.RO-01715-2009-005-10-00-3**, Relatora: desembargadora Maria Piedade Bueno Teixeira. Publicado em 17/06/2011. Acesso em 21/10/12.

BRASIL. **TST.RR-123800-10.2007.5.06.0008**, Relator: min. Pedro Paulo Manus. Publicado em 03/02/2012. Acesso em 02/11/2012.

BRASIL. **TST.RR-38100-27.2003.5.20.0005**, Relator: min. Renato de Lacerda Paiva. Publicado em 24/02/2012. Acesso em: 02/11/2012.

BRASIL. **TST.RR-93100-69.2003.5.07.0006**, Relatora: ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado em 10/02/2006. Acesso em 01/11/12.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional - Teoria do estado e da constituição**: Direito constitucional Positivo. 18.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte. Del Rey. 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5.ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTR, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações**. v.2. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FABRIZ, Daurý César. **A crise do direito fundamental ao trabalho no início do século XXI**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n.1.2006, p.28. Disponível em www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/.../59/56. Acesso em 30/09/12.

KOKAY, Erika. Saber se o trabalhador tem dívidas e não paga é uma informação importante? **Eis a Questão**. DF. 23/08/2012. Entrevista concedida a Jairo Ribeiro. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/radio/materias/eis-a-questao!/424664-saber-se-o-trabalhador-tem-dividas-e-nao-paga-e-uma-informacao-importante.html>. Acesso em 28/09/12.

LEÃO XIII, **Rerum Novarum**. Carta encíclica de sua santidade o papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Tradução de Manuel Alves da Silva. 15ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 4.ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SERASA EXPERIAN. **Serasa Experian**. Disponível em: http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2012/noticias_00973.htm. Acesso em: 10/10/12.