

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

NÍCOLAS BRAGA FRÖHLICH

**O SETOR DE RECURSOS HUMANOS: ENTRE O DIREITO E A AUTARQUIA.
Crítica aos processos de recrutamento e seleção e a exclusão da diversidade
no acesso ao trabalho**

**São Leopoldo
2019**

NÍCOLAS BRAGA FRÖHLICH

O SETOR DE RECURSOS HUMANOS: ENTRE O DIREITO E A AUTARQUIA.
Crítica aos processos de recrutamento e seleção e a exclusão da diversidade no
acesso ao trabalho

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
pelo Curso de Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

São Leopoldo

2019

Aos meus pais, Ademir e Edi, por todo amor, compreensão e respeito despendidos ao longo da minha vida. A ti Mariana, meu amor. Companheira de luta e de vida. Fonte de inspiração e de afetos. Todo o meu amor e carinho a vocês.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Ademir e Edi por todo o suporte dado durante esses anos de graduação. Por acreditarem em mim e por respeitarem os caminhos que decidi trilhar na minha vida. Tenho o privilégio de ter vocês como meus pais. Amo muito vocês.

Aos meus grandes amigos Arthur, Christian, João Pedro e Rodrigo por simplesmente serem o que são. Amigos que, apesar da distância, fazem-se tão presentes no meu coração.

À minha sogra e segunda mãe Rosana por toda parceria e afeto compartilhados nesses nove anos que nos conhecemos. Pessoa que dispensa palavras. Uma guerreira da qual tenho muito orgulho.

À Rocheli por todo apoio e cuidado despendido ao longo desses anos. Amiga que guardarei sempre no coração.

Aos amigos e amigas de luta ao qual tive o privilégio de conhecer nestes anos de Unisinos. Pessoas entusiasmadas por um mundo melhor. Vozes críticas e capazes de enxergar outros mundos possíveis.

À professora Fernanda Hampe e sua família, pelos encontros maravilhosos até aqui.

Ao professor José Rodrigo Rodriguez por topar essa empreitada de escrever algo que demandou muito. Obrigado pelos ensinamentos obtidos em nossos encontros, sejam eles através dos livros ou das conversas.

Aos filósofos e aos poetas (alguns, obviamente) por idealizarem novas formas de existir no mundo e por não aceitarem calados nenhuma forma de dominação.

Às trabalhadoras e trabalhadores brasileiros (e latino-americanos).

Aos professores e professoras, em especial aqueles a quem tive o prazer de conhecer. Mesmo diante do descaso do atual governo federal, matem-se em pé frente a qualquer tipo de sucateamento do ensino.

À Mariana, meu amor. Companheira de vida e de luta. Inspiração de pessoa e de profissional. Por todo amor diário e pelos planos de vida compartilhados. Te amo muito. Obrigado por estar ao meu lado em todos os momentos.

A todas as outras pessoas, que por falta de memória, tenha esquecido de mencionar.

Sobre a atitude crítica.
A atitude crítica
É para muitos não muito frutífera
Isto porque com sua crítica
Nada conseguem do Estado.
Mas o que neste caso é atitude infrutífera
É apenas uma atitude fraca. Pela crítica armada
Estados podem ser esmagados
A canalização de um rio
O enxerto de uma árvore
A educação de uma pessoa
A transformação de um Estado
Estes são exemplos de crítica frutífera.
E são também
Exemplos de arte.
(BRECHT, 2012, p. 259)

RESUMO

Este trabalho pretende discutir algo aparentemente pouco estudado no direito. A intenção será analisar os processos de recrutamento e seleção desenvolvidos pelos setores de recursos humanos a serviço de empresas privadas. A escolha deste setor estratégico das organizações como objeto de análise se dá na medida em que o mesmo dispõe de técnicas e instrumentos que supostamente oferecem processos de recrutamento e seleção justos, baseados em critérios impessoais, respaldados cientificamente e, portanto, inquestionáveis. Por outro lado, determinadas pessoas e grupos encontram dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, sendo necessária a atenção do direito a este momento que antecede o contrato de trabalho. Para isso, o trabalho, em um primeiro momento, faz uma análise conceitual do poder, de modo a distinguir o seu uso legítimo do uso autárquico. Esta distinção será fundamental para conferir legitimidade (ou não) aos processos de recrutamento e seleção. Ademais, este trabalho faz um apanhado sobre a legislação do trabalho, com atenção especial aos dispositivos legais que proíbem práticas discriminatórias motivadas por preconceitos das mais variadas ordens. Mesmo assim, o que se percebe é uma clara dificuldade em se provar a adoção de medidas invasivas ou discriminatórias nos processos de recrutamento e seleção ainda que tais práticas possam ocorrer, conforme a literatura utilizada. Por estes motivos, é papel do direito produzir críticas, cobrar justificativas racionais e razoáveis para a seleção (ou não) do candidato e pensar em remédios jurídicos para solucionar casos como este que está sendo apresentado, independentemente de sua complexidade. Em razão da escassez de materiais que digam respeito ao conteúdo deste trabalho, recorre-se as discussões já existentes na administração e na psicologia, bem como na doutrina trabalhista (especialmente nas discussões sobre dispensa arbitrária), na legislação existente e na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Direito. Recursos Humanos. Processo Seletivo. Zona de autarquia. Poder privado.

LISTA DE SIGLAS

BNDT	Banco Nacional de Devedores Trabalhistas
CEAT	Certidão de Ações Trabalhistas
CNDT	Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CF	Constituição Federal
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PDC	Pessoa com deficiência
RH	Recursos Humanos
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
SDI-1	Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
SIT	Secretaria de Inspeção do Trabalho
SPC	Serviço de Proteção ao Crédito
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O SETOR DE RECURSOS HUMANOS COMO ESPAÇO DE PODER	11
2.1 O setor de Recursos Humanos	13
2.1.1 Motivos que levaram ao seu surgimento	15
2.1.2 A Psicologia, a Administração, o recrutamento e a seleção	18
2.2 Contextualizando brevemente a questão do Poder	21
2.2.1 O poder juridificado	26
2.2.2 O poder privado	28
2.2.3 O poder do empregador	30
2.3 As figuras de perversão do direito	34
2.3.1 Legalidade Discriminatória, Zonas de Autarquia e Desumanização	35
3 PENSAR O SETOR DE RECURSOS HUMANOS À LUZ DO DIREITO	38
3.1 Os limites impostos pela legislação para evitar a discriminação e exclusão da diversidade no trabalho	41
3.1.1 Alguns dos limites construídos pela jurisprudência pátria	45
3.2 A discriminação no acesso ao trabalho como forma de violação de direitos	52
3.2.1 Conflitos entre os livros didáticos de recursos humanos e a legislação brasileira	54
3.2.2 As dificuldades de provar atitudes discriminatórias durante o processo de seleção e recrutamento.	58
3.2.3 Pervertendo o direito por meio das zonas de autarquia.	64
3.3 Proposições para processos de recrutamento e seleção democráticos e inclusivos	67
3.3.1 Gestão da diversidade <i>versus</i> ações afirmativas	68
3.3.2 Fiscalização, controle e informação	71
4 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar o setor de Recursos Humanos/Gestão de Pessoas e como suas práticas e técnicas de recrutamento e seleção podem (ou não) ser geradoras de exclusão de grupos sociais historicamente marginalizados e discriminados na sociedade brasileira. Pensando nisso, este estudo propõe-se, em um primeiro momento, descrever o que de fato faz esse setor e quais os motivos que levaram ao seu surgimento no auge do desenvolvimento industrial do século XX.

Neste mesmo contexto, imprescindível salientar a ascensão da Psicologia e da Administração de Empresas como carreiras profissionais que encontraram no crescimento industrial da época campo fértil para consolidação de suas práticas e saberes. Contudo, é importante destacarmos que embora as contribuições feitas por estas áreas tivessem alta receptividade das empresas, o mesmo não ocorreu para muitos críticos, que viram nas práticas de seleção e recrutamento, por exemplo, mecanismos de exclusão, especialmente de grupos e pessoas discriminadas em nossa sociedade.

Por este motivo, este trabalho recorrerá as discussões já existentes nos campos da Psicologia (sobretudo a Psicologia Social, uma vez que possui um campo de produções sobre as relações de trabalho) e da Administração, já que ambas possuem um material bastante valioso sobre o setor de recursos humanos/gestão de pessoas. Ademais, parte-se do pressuposto que o setor de RH é um espaço de poder, na medida em que suas práticas de recrutamento e seleção podem determinar quem será contratado ou não pelo empregador. Mesmo assim, a decisão final, via de regra, deve ser do chefe de linha. (CHIAVENATO, 2016).

Importante mencionar que este poder a que nos referimos poderá ser exercido de maneira legítima (uso democrático do poder) ou autárquica (mera dominação). Essa diferenciação entre poder e dominação permite pensar em critérios que garantam o exercício do poder de forma legítima. (RODRIGUEZ, 2017). Além disso, quando falamos em poder, é importante perceber que o poder pode ser manifestado de muitas formas (inclusive descentralizado do Estado).

Sendo assim, o objetivo deste trabalho será verificar como está sendo feito o exercício deste poder por parte das organizações (por intermédio do setor de RH), na

medida que este será responsável pelo recrutamento e seleção, processos que serão analisados por este estudo. Por este motivo, reconhecendo que os processos de recrutamento e seleção são a porta de entrada (ou não) do candidato na organização, faz-se necessário compreender o RH enquanto espaço de poder (ou dominação, quando autárquico).

Para isso, Rodriguez (2016a) oferece uma importante discussão sobre as tentativas dos poderosos de perverter o direito, ou seja, dar aparência jurídica a espaços de arbítrio que fogem do controle da sociedade. O autor trabalhará com três modalidades fundamentais. São elas: legalidade discriminatória, zonas de autarquia e desumanização. (Id., 2018b). Estas modalidades, permitirão compreender com maior precisão o uso arbitrário do poder, neste caso pelas organizações e pelo setor de RH.

Encerrado este primeiro momento do trabalho, inicia-se a análise deste espaço de poder (do setor de RH) a luz do Direito. De antemão, pode-se destacar a relevância deste estudo na medida em que se deve reconhecer que o trabalho em nossa sociedade assume um papel-chave ao acesso a direitos básicos à cidadania, como por exemplo: alimentação, educação, saúde e aposentadoria. Sendo assim, a discriminação no seu acesso inviabiliza não somente a ascensão social de “minorias” como também potencializa as desigualdades sociais.

Pensando nisso, o estudo fará um mapeamento tanto da legislação vigente no país, que proíbe a discriminação no acesso ao emprego por diversos motivos, como das construções feitas pela jurisprudência sobre a matéria. Como será visto a seguir, a doutrina trabalhista desenvolveu poucos estudos para este momento que precede o contrato de trabalho. O que na verdade existe de debate sobre o poder diretivo do empregador está diretamente associado às relações que ocorrem durante a relação de trabalho e não o momento precedente, ou seja, do recrutamento, da seleção e posteriormente da contratação. Por este motivo, serão aproveitadas as discussões já existentes na doutrina trabalhista sobre a dispensa arbitrária, que podem ser pensadas de maneira análoga aos casos que antecedem o contrato de trabalho.

Além disso, será aproveitado o momento para discutir os conflitos existentes entre os livros didáticos que versam sobre os processos de recrutamento e seleção e a legislação brasileira. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). Como será visto, muitas das práticas sugeridas por tais materiais não estão diretamente vinculadas as funções atinentes ao cargo, sendo portanto invasivas e, conseqüentemente, discriminatórias.

Da mesma forma, as dificuldades para se provar práticas discriminatórias nestes processos de recrutamento e seleção são empecilhos encontrados por candidatos e candidatas. A ausência de provas concretas faz com que as decisões tomadas sequer sejam investigadas a fundo. Exime-se, neste caso, as empresas de oferecerem justificativas objetivas, racionais, específicas e fundadas no direito. O que na verdade pode estar ocorrendo é a utilização de falsas justificativas para evitar o controle do direito.

Sendo assim, é imprescindível a investigação deste setor estratégico das organizações (quando este existe), à luz do Direito, uma vez que suas funções de selecionar e recrutar candidatos e candidatas a determinada vaga de emprego podem estar respaldadas em narrativas irracionais (quando discriminatórias), criando, de certo modo, espaços normativos autônomos ou autoritários; e/ou ilegais (quando literalmente violarem dispositivo legal e ou derem sentido adverso ao original), sem que tais práticas sejam questionadas. Segundo Rodriguez (2016), neste caso, estar-se-ia diante da tendência do “poder” de fugir do controle do direito (“fuga do direito”), perpetuando assim, a discriminação e a desigualdade existente entre as pessoas.

Cabe ao direito, neste caso, colocar enquanto questão os motivos que podem estar dificultando o acesso ao emprego para determinadas pessoas. Por este motivo, faz-se necessário propor remédios jurídicos que visem limitar o poder diretivo das organizações (e do setor de RH), fazendo-se cumprir a legislação existente – que contará com vários dispositivos que vedam práticas discriminatórias – sob pena de esvaziar o conteúdo do texto legal.

2 O SETOR DE RECURSOS HUMANOS COMO ESPAÇO DE PODER

Iniciamos o capítulo destacando que nossa análise delimitar-se-á ao âmbito privado, em especial a empresas que tenham este setor, ou seja, organizações que supostamente tenham maior apelo social e econômico. Tal escolha se deu pelo interesse em analisar os processos de recrutamento e seleção realizados por este setor a mando da empresa, na medida em que dispõe de técnicas e instrumentos que supostamente tornam estes processos compatíveis e justos com os interesses patronais e dos/das candidatos/as, respectivamente. (DUTRA, 2016). Logo, inevitável pensar que este setor ocupa um espaço de poder nas organizações (ou dominação, quando o exercício do poder é feito de maneira autárquica). (RODRIGUEZ, 2017).

Em contrapartida, a estes processos em que se parte do pressuposto que são confiáveis e, portanto, inquestionáveis, percebemos ainda dificuldades encontradas por determinados grupos no acesso ao trabalho (mulheres e negros/as, por exemplo), conforme disposto nos relatórios da Relação Anual de Informações Sociais. (BRASIL, 2017a). Além disso, outros grupos que não são encontrados nos dados oficiais da RAIS aparentemente estão tendo dificuldades nos processos seletivos por questões relacionadas ao gênero (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018), à orientação sexual (G1, 2015), a padrões estéticos (MADUREIRA, 2013) entre outros critérios que nada tem a ver com as reais condições de execução dos cargos pretendidos.

Em 19 de junho de 2018, uma matéria vinculada ao Portal G1 destaca que “Metade dos Profissionais se sentiu prejudicada em processos seletivos, aponta pesquisa”. (G1, 2018). A matéria salienta que mulheres, pessoas negras, pessoas com deficiência e profissionais experientes e com qualificação foram os que mais se sentiram prejudicados nos processos de recrutamento e seleção. (Ibid.).

Outro exemplo que podemos mencionar é a campanha desenvolvida pelo Governo do Paraná, denominada por “Racismo Institucional”, que demonstra as reações e opiniões de profissionais do RH ao distinguir pessoas em iguais situações, porém com diferente cor da pele. (PARANÁ, 2016). Isto revela incertezas que pairam sobre tais processos, enfatizando a necessidade de investigar e apontar eventuais práticas discriminatórias.

Por este motivo, merece atenção dos estudos jurídicos a influência de discursos irracionais que podem pairar no setor de RH, porém com aparência de boa prática

técnica, que favorecem em certa medida a exclusão de sujeitos historicamente discriminados e/ou que não seguem certo padrão hegemônico, em uma clara demonstração da perversão do direito. (RODRIGUEZ, 2016a). Ademais, este efeito naturalizador possibilita pensar as desigualdades apenas no campo abstrato (ou como fenômeno irreversível). (Ibid.).

Da mesma forma, destacamos como as estratégias de poder passam a responsabilizar o indivíduo pelo problema do desemprego. Neste caso, deixa-se de criticar as estruturas de poder, referindo que as mudanças necessárias estão associadas à maneira equivocada de governar a si mesmo. (RAMMINGER; NARDI, 2008).

Além dos processos de seleção serem supostamente discriminatórios em determinados casos, não menos importante é discutirmos a que modelo ideológico de gestão este setor responde. Segundo Alves e Galeão-Silva (2004), mesmo ao pensarmos em uma gestão da diversidade, isto é, mais inclusiva, a noção de mérito ainda é privilegiada por melhor atender aos interesses econômicos da organização em descompasso a qualquer tipo de política pública voltada a inclusão da diversidade. Em outras palavras: será que estamos encarando efetivamente os problemas relacionados às desigualdades no acesso ao emprego? O mérito é o modelo que melhor atende a inclusão destes sujeitos? Estas e outras questões serão melhor aprofundadas e problematizadas em um segundo momento.

Por fim, podemos destacar ainda que, em nossa sociedade, o trabalho ocupa um importante lugar, afinal de contas, é por intermédio deste que outras dimensões da vida humana são concretizadas. (STURZA; MARQUES, 2017). Diante desta situação, quando negado o seu acesso, outros direitos fundamentais são atingidos, quase que em um efeito cascata, inviabilizando a ascensão social destes sujeitos, perpetuando assim as desigualdades; não obstante, antes de adentrar nos problemas que este estudo prioritariamente pretende se debruçar, cabe contextualizar o que é este setor, o que motivou o seu surgimento e o papel que ocupa junto aos saberes da administração e da psicologia nas relações de trabalho.

2.1 O setor de Recursos Humanos

O setor de Recursos Humanos tem origem no departamento pessoal (ainda muito confundido com Recursos Humanos), que surgiu na década de 30 e cujas atribuições consistiam em basicamente admitir e demitir funcionários/as, ou seja, fazer a gestão financeira da empresa (organização). Seu surgimento ocorre quando “os empregados se tornaram um fator de produção cujos custos deveriam ser administrados tão racionalmente quanto os custos dos outros valores de produção”. (FISCHER, 2002, p. 19).

Com o passar dos anos, a visão de que os/as trabalhadores são meros insumos da empresa é suplantada por uma noção de que o crescimento financeiro está diretamente aliado a um ambiente que também atenda aos interesses dos/as trabalhadores/as. Por este motivo, as práticas de Recursos Humanos passaram a ser desenvolvidas com intuito de conciliar as relações entre trabalhadores e organizações. (DUTRA, 2016).

Segundo Chiavenato (2016), são processos básicos da área de recursos humanos a promoção, aplicação, manutenção, desenvolvimento e monitoramento de pessoas. Destes processos básicos, o autor acima mencionado divide as atribuições da Administração de Recursos Humanos em subsistemas que se dialogam entre si, sendo estes: “provisão, aplicação, manutenção, desenvolvimento e controle de pessoas”. (Ibid., p. 258).

Entende-se o processo de provisão como sendo aquele cujo objetivo é monitorar quem irá trabalhar na organização. Neste sentido, as atividades desenvolvidas neste processo será desenvolver pesquisas de mercado e processos de recrutamento e seleção de pessoas. (Ibid.).

O processo de aplicação, como o próprio nome já diz, objetiva integrar as pessoas e designar o que estas pessoas farão na organização. Suas atividades consistem em integrar as pessoas, desenhar os cargos, descrever e analisar os cargos, avaliar o desempenho. (Ibid.).

A manutenção tem por objetivo manter os/as trabalhadores/as na organização. Para isso, suas incumbências estão associadas a administração das remunerações dos/as trabalhadores/as da organização, ao controle de benefícios sociais, de higiene e segurança no trabalho, dos registros e observância das relações trabalhistas. (Ibid.).

O desenvolvimento de pessoas enquanto processo visa justamente preparar e desenvolver as pessoas. É por intermédio deste processo que são pensados e desenvolvidos os treinamentos e os planos de desenvolvimento dos/as trabalhadores/as. (CHIAVENANO, 2016).

Finalmente, o último e não menos importante processo é o de controle ou monitoramento de pessoas. Este subsistema, segundo Chiavenato (Ibid.), tem por incumbência desenvolver relatórios e estatísticas por intermédio das informações coletadas nos bancos de dados. Além disso, suas atividades consistem em controlar a frequência e produtividade das pessoas. (Ibid.).

Trata-se de uma abordagem sistêmica, conforme Dutra (2016), que contribui para enxergarmos o papel da empresa na gestão deste setor e o movimento feito pela organização em direção a pessoa. Não obstante, o autor refere que tanto esta visão sistêmica como a visão funcionalista (anterior a esta) deixam de considerar a pessoa e seu papel fundamental na gestão de pessoas. Seu entendimento pretende dar maior ênfase a um modelo criativo, mais autônomo, menos obediente e disciplinado aos gestores de pessoas. (Ibid.).

Neste sentido, Soviensi e Stigar afirmam que “o departamento de Recursos Humanos atuava de forma mecanicista, no qual a visão do empregado prevalecia sobre a obediência, a execução da tarefa, e ao chefe, o controle centralizado”. (SOVIENSKI; STIGAR, 2008, p. 53). Para estas autoras, a terminologia e visão de “Recursos Humanos” foram superadas por um modelo de “Gestão de Pessoas” que passa a tratar a pessoa não mais como um mero recurso da empresa. (Ibid.).

Neste trabalho, no entanto, preservamos a terminologia “Recursos Humanos” uma vez que ainda é muito utilizada nas organizações. Além disso, verificou-se que diversas organizações passam a adotar outros nomes, conforme sugerido por Bussular, Scheffer e Sawitzki (2013) em análise empírica. O estudo desenvolvido pelas autoras aponta ainda que os próprios trabalhadores e trabalhadoras de RH entendem que é mais importante mudanças de atitudes a novas nomenclaturas, consideradas mero modismo pelos entrevistados. (BUSSULAR; SCHEFFER; SAWITZKI, 2013).

Outra situação que merece atenção é de que nem tudo é responsabilidade do setor de RH. Bichueti (2015), em matéria publicada para a Harvard Business Review Brasil, salienta que este setor não pode vir a fazer a tarefa que compete

exclusivamente aos gestores. Isto mostra que o setor de RH também terá limites a sua prática, pois mesmo se tratando de um espaço estratégico das empresas também se subordinará em menor ou maior grau a cultura organizacional.

Nesta mesma linha, Chiavenato irá dizer que a área de recursos humanos “é uma responsabilidade de linha e uma função de *staff*”. (CHIAVENATO, 2016, p. 254). Em outras palavras, cabe ao chefe/gerente de linha decisões sobre admissões, transferências, treinamento, desligamento, entre outras atividades, pois é quem está mais próximo dos processos de trabalho de seus subordinados. Em contrapartida, ao setor de RH, caberá uma função de *staff*, ou melhor, assessoria e consultoria para auxiliar e orientar as chefias na melhor administração destes funcionários.

Além desta função de assessoria, o autor destaca que incumbe ao órgão de *staff*, ou melhor, setor de RH, a prestação de serviços especializados tais como: recrutamento, seleção, treinamento, análise e avaliação de cargos, bem como desenvolver propostas e recomendações que auxiliem na tomada de decisão das chefias. (CHIAVENATO, 2016). Em suma, as decisões finais não incumbem ao setor, mas sim as chefias.

Vistas as atribuições do RH, nosso estudo se debruçará sobre os processos de recrutamento e seleção, ou subsistema de provisão, conforme conceituado por Chiavenato, por serem a porta de entrada do/ candidato/a na organização e no mercado de trabalho. (Ibid). Antes, no entanto, faz-se necessário contextualizar os motivos que levaram ao surgimento deste setor nas organizações.

2.1.1 Motivos que levaram ao seu surgimento

Embora o surgimento da indústria nos remeta a Revolução Industrial, é a partir do início do século XX que a administração de recursos humanos começa a surgir. Neste período, o crescimento industrial, acompanhado da complexificação das necessidades das empresas, faz com que se desenvolvam novas estratégias de acumulo de capital. Para isso indispensável o papel de um setor que mediasse e apaziguasse as relações entre as organizações e os/as trabalhadores/as. (CHIAVENATO, 2016).

O século XIX corrobora a relação conturbada entre a classe burguesa e proletária. Com a ascensão da burguesia e conseqüentemente a realização da

Revolução Industrial, formas de expansão e acumulação de riquezas foram sendo desenvolvidas. Marx afirma que este modo de produção capitalista consistia na “exploração do homem pelo homem”. (MARX; ENGELS, 2017, p. 962).

Em outras palavras, a burguesia, detentora dos meios de produção, compra a força de trabalho do proletário em troca de um salário, reduzindo esta força em mera mercadoria. Ocorre que nesta relação não há isonomia, pois o burguês sempre terá a mais-valia¹. (Ibid.).

Lessa, ao descrever este período da Revolução Industrial a partir dos escritos de Marx e Engels, salienta que:

O custo, para o capital, dessa mercadoria chamada força de trabalho é muito menor do que as necessidades humanas do trabalhador. O trabalhador é gente e não mercadoria; mas, como ao capital o que importa são apenas as mercadorias e os seus custos, a essência humana da força de trabalho é completamente desprezada. (2011, p. 68).

Neste contexto, em que as relações de trabalho eram extremamente precárias – desde salários baixíssimos à completa falta de segurança no trabalho – Marx e Engels (2005), em *O manifesto comunista*, irão denunciar o caráter predatório e exploratório do sistema capitalista, convocando a classe proletária implementar a Revolução Comunista, sendo esta a única forma de libertação possível da dominação burguesa.

Importante referir que a mudança de visão das empresas com relação aos seus trabalhadores não ocorre por benevolência. Tão pouco ocorreu de forma pacífica. Caldas, Tonelli e Lacombe (2002) salientam que junto ao desenvolvimento econômico e tecnológico do final do século XIX e início do século XX, ocorre o acirramento das relações entre empresas e trabalhadores – seja pela propagação das ideias marxistas e humanistas, seja pelo fortalecimento dos sindicatos que passaram a reivindicar melhores condições laborais a classe trabalhadora.

Neste sentido, Segnini propõe uma reflexão sobre como o modelo capitalista utilizou e ainda utiliza de estratégias que fazem com que a produção e a ordem sejam

¹ Em síntese, a mais-valia é um conceito construído por Marx para descrever a diferença entre o valor do trabalho produzido pelo trabalhador e o salário que será pago em contrapartida. Esta relação, no entanto, sempre resultará em “lucro” ao empregador e que não é revertido ao/à trabalhador/a. Para Marx, existem duas formas de mais-valia: absoluta e relativa. (LESSA, 2011). Por questões de limitação temática, não iremos nos estender nesta discussão.

mantidas. Segundo a autora “A resposta capitalista a estas lutas dos trabalhadores encontra-se em estratégias que possibilitam ao mesmo tempo o aumento da produtividade e o controle sobre formas latentes ou manifestas de conflito”. (SEGNINI, 2002, p. 90).

Portanto, percebe-se que o surgimento do setor de RH está diretamente aliado ao desenvolvimento econômico e tecnológico das empresas, mas que para isso era imprescindível controlar eventuais conflitos que pusessem em risco tais interesses.

Neste mesmo período, o então Departamento Pessoal ou Departamento de Relações Industriais, além de mediar conflitos entre capital e trabalho, passou a administrar e a fazer-se cumprir a legislação trabalhista vigente, assumindo um papel meramente burocrático. (CHIAVENATO, 2016). Importante destacar que nesta época, o Brasil passou a instrumentalizar de maneira mais acentuada os direitos trabalhistas, criando inclusive codificações mais complexas (como a CLT) que versam sobre as relações de trabalho. (DELGADO, 2017).

Ocorre que outras demandas passaram a ser exigidas do setor de RH, afinal de contas o mercado concorrencial crescia acentuadamente, exigindo maior eficiência e produtividade. (SPECTOR, 2012). Neste contexto, novas tecnologias foram sendo desenvolvidas a fim de atender aos interesses empresariais e proporcionar melhores condições de trabalho aos funcionários e funcionárias. Podemos citar a Psicologia e a Administração Científica enquanto esses saberes que prometiam atender estas demandas.

Neste sentido, para que este modelo inicialmente mais burocratizado fosse suplantado em favor de novas práticas de gestão dos recursos humanos, a psicologia organizacional assumiu um papel determinante, sobretudo no que se refere às contribuições em torno do comportamento humano. (FISCHER, 2002). O advento da psicologia representou uma nova fase na história da administração de recursos humanos, uma vez que este setor deixou de se concentrar apenas nas tarefas de cunho mais burocrático. (Ibid.).

Para Chiavenato (2015, p. 1), em um mundo fortemente concorrencial, a excelência e a sobrevivência das empresas passaram a “depende forte e diretamente das habilidades e competências das pessoas que nelas trabalham”. Por este motivo, como veremos a seguir, estas novas tecnologias, que impactaram profundamente os

processos desenvolvidos pelo setor de RH, foram sendo desenvolvidas de modo à melhor atender as organizações que passaram a contar com os seus serviços.

2.1.2 A Psicologia, a Administração, o recrutamento e a seleção

Como visto anteriormente, o “boom” industrial da primeira metade do século XX, abriu campo bastante fértil para a consolidação da Psicologia e da Administração enquanto estes saberes que prometiam contribuir para uma maior “produtividade, qualidade e competitividade” às organizações que contavam com seus serviços. (CHIAVENATO, 2015, p. 2).

Importante mencionar que a Psicologia passou a ser reconhecida enquanto “Ciência” autônoma a partir da segunda metade do século XIX. (GOODWIN, 2005). Neste sentido, o surgimento da Psicologia enquanto ciência independente está diretamente atrelado ao momento de crise que as sociedades do século XIX e início do século XX experimentavam, conforme mencionado no título anterior. Desde então a Psicologia enquanto teoria e atividade profissional assumiu, predominantemente, um papel importante aos regimes disciplinares. (FIGUEIREDO; SANTI, 2008).

Significa dizer que a Psicologia, segundo os autores, contribuiu (e ainda contribui) para instituir formas de controle, com o intuito de evitar distúrbios sociais e rupturas institucionais. Logo, esta área do saber passa a ganhar espaço nas inúmeras instituições sociais que apelavam por controle e ordem, tais como: as escolas, as organizações industriais, os hospitais, entre outros. (Ibid.).

De qualquer modo, imprescindível salientar a importância que tanto a Psicologia como a Administração tiveram no processo de humanização da relação entre organização e empregados. Segundo Vergara e Branco (2001), este processo de humanização passa a agregar outros valores que não somente a maximização dos lucros. Neste sentido, serão realizadas intervenções que melhoram a qualidade de vida e de trabalho dos colaboradores.

Ademais, salienta-se que “o psicólogo tem sua inserção na organização voltada para um trabalho de humanização, trazendo a valorização da dimensão humana, em ambientes nos quais, muitas vezes, esta é esquecida” (2007, p. 120); não obstante, esta visão de cuidado e humanização pode se confrontar e se contradizer, por vezes,

com os ideais de lucro e produção ao consumo, que são a força motriz que levaram ao surgimento das empresas.

Diante deste paradoxo, Argimon, da Rosa e Daldon (2007) salientam que podem haver psicólogos que abdicam do cuidado e do olhar humanizado, submetendo-se, por vezes, as exigências da empresa e da gestão, mesmo diante de práticas que não comunguem com seus pressupostos profissionais. Importante salientar que se tratam de profissionais que também ocupam posições de subordinação nas organizações e que também precisam do trabalho como meio de subsistência.

Além disso, importante mencionar que a atuação da Psicologia nas organizações, paulatinamente fora se consolidando e contribuindo nos processos de subjetivação desde a modernidade. Pode-se pensar que, em relação aos regimes de recrutamento e seleção e na prática psicológica em geral,

a Psicologia seria este conhecimento técnico que serviria de suporte a uma prática de ordenamento e regulação social, delimitando estatisticamente faixas de normalidade, observando as condutas, remetendo cada indivíduo à norma, incluindo ou excluindo, marcando os normais e os diferentes pelo jogo das identidades e reconduzindo os desviantes. (FILHO, 2014, p. 79).

Por este motivo, faz-se necessário estar atento à forma como os saberes desse campo podem, além de estar “humanizando” as relações de trabalho, estar produzindo exclusão, especialmente quando assumimos que este setor sofreu diversas modificações de modo a aliar a relação de lucro das empresas com a qualidade de trabalho dos/as colaboradores/as.

Neste sentido, não há como se falar em imparcialidade na produção destes conhecimentos e na sua aplicação prática. Seguindo esta linha de pensamento é possível afirmar que

Ao longo do século XX a psicologia se desenvolveu, como campo de conhecimento, fortemente influenciada por um projeto de ciência da modernidade, pautado por discursos que naturalizam verdades, tomadas como a descoberta de essências universais, em um movimento de objetivação do mundo, no qual se acredita ser possível a apreensão da "realidade" de forma imparcial. (SCARPARO; TORRES; ECKER, 2014, p. 65).

Por isso, toda a vez que se fala em recrutados ou recrutadas e posteriormente selecionados ou selecionadas, a alegria destes, pode ser o sofrimento de outras pessoas. Significa que para todo selecionado ou selecionada, recrutado ou recrutada, existe outro não selecionado ou não recrutado. Mas não se trata de algo simples, passível de uma fria equação matemática. Dados mostram que determinados grupos sociais são na maioria das vezes preteridos nas vagas de emprego, conforme será demonstrado neste estudo.

Especificadamente com relação as práticas de recrutamento e seleção, podemos elenca-las, segundo Chiavenato (2015), no subsistema de “Provisão”, responsável pela idealização de quem irá trabalhar na organização. Conforme acentuado pelo autor, este subsistema “constitui a porta de entrada das pessoas na organização, já que é o responsável pela busca no mercado e pelo engajamento de novos funcionários”. (Ibid., p. 15).

O recrutamento e a seleção podem ser entendidos como processos que fazem parte da rotina de admissão de novos/as funcionários/as. Para que o preenchimento da vaga corresponda as expectativas empresariais, produziu-se muitos instrumentos com intuito de melhorar a qualidade e a precisão desses processos de recrutamento e seleção. (LIMONGI-FRANÇA; ARELLANO, 2002).

O recrutamento pode ser entendido como a fase inicial para o preenchimento de uma vaga em aberto (Ibid.). Ademais, o recrutamento pode ser conceituado como sendo “um conjunto de técnicas e procedimentos que visa atrair candidatos potencialmente qualificados e capazes de ocupar cargos e oferecer competências para a organização”. (CHIAVENATO, 2015, p. 68).

É possível perceber que é através do processo de recrutamento que a empresa, de alguma forma, cativa o interesse de candidatos a determinada vaga. Sem candidatos com potencial para ocupação dessa vaga em aberto, não há como realizar uma seleção. Por este motivo, faz-se necessário instituir formas de atrair interessados/as em trabalhar para a organização.

O processo de recrutamento pode ser pensado de duas formas: atrair trabalhadores/as que já trabalham na empresa, porém em outro cargo; ou divulgar a vaga para candidatos/as que não tem vínculo com a empresa. (LIMONGI-FRANÇA; ARELLANO, 2002). Pode-se nomear que essas duas formas anteriormente citadas são o que conhecemos por recrutamento interno e externo, respectivamente.

Quanto ao processo de seleção, Chiavenato (2015) salienta que o mesmo pressupõe três modelos: modelo de colocação, que é aquele em que existe apenas um/a candidato/a para uma vaga; modelo de seleção, quando existe apenas uma vaga para vários candidatos (aqui se pode observar o papel restritivo da seleção para quem não for selecionado); e o modelo de classificação, na qual existem vários/as candidatos/as e várias vagas.

Via de regra, o processo de seleção de pessoal pode ser entendido como a escolha do/a candidato/a “mais adequado” à empresa, dentre aqueles/as que foram previamente recrutados. (LIMONGI-FRANÇA; ARELLANO, 2002, p. 66). A esta situação é possível perceber que a seleção restringe a entrada dos/as candidatos/as na empresa, uma vez que apenas os/as selecionados/as poderão trabalhar para a organização que os selecionou. Outrossim, percebe-se na literatura consultada neste estudo que o mérito é um requisito importante para a seleção, pois avalia competências técnicas e não preferências pessoais, além de reforçar a competitividade entre os sujeitos. (CHIAVENATO, 2014).

Sem mais delongas, é possível perceber que o recrutamento e a seleção de pessoal são processos importantes, afinal, são aqueles que abrem ou fecham as portas do emprego aos/às candidatos/as. Ao selecionar e efetivar um/a candidato/a garante-se o direito ao trabalho (e conseqüentemente, acesso a outros direitos fundamentais). Do contrário (não selecionado/a), pode se estar, direta ou indiretamente, negando tais direitos. Logo, este setor dispõe de poder sobre as escolhas feitas em nome da organização.

2.2 Contextualizando brevemente a questão do Poder

Norberto Bobbio, em seu *Dicionário de Política*, define de maneira genérica o Poder como sendo “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais”. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 933). A este trabalho interessa compreender o Poder a partir da relação entre os seres humanos e a sociedade.

Neste sentido, Bobbio, Matteucci e Pasquino definirão que o poder, a partir destas relações humanas, estará relacionado desde a capacidade de agir até a

capacidade dos seres humanos de determinarem seus comportamentos. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998). Nesta relação, conforme o autor, o ser humano será ao mesmo tempo sujeito e objeto do Poder Social. Neste sentido, a sua relação com a natureza não será entendida como social. Não significa, no entanto, que o poder sobre as coisas e o poder sobre as pessoas, por exemplo, não venham a se relacionar.

Deste modo, segundo estes autores, o poder consiste na capacidade de um determinado indivíduo – que possui determinados objetivos e meios – fazer com que outro indivíduo atue conforme a sua vontade. (Ibid.).

Diante deste entendimento de que poder será a capacidade (potencialidade) de agir, Lebrun (1981), nomeará este fenômeno enquanto potência, ou seja, a possibilidade de agir, não necessitando necessariamente do exercício em si do poder. Tal entendimento terá relação com a noção de Poder Potencial, presente no *Dicionário de Política* de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998).

Esta potência a que Lebrun faz menção na obra *O que é o poder?* será fundamental para as relações políticas. Segundo este autor, ao citar Freund, a “política” será “a atividade social que se propõe a garantir pela força, fundada geralmente no direito, a segurança externa e a concórdia interna de uma unidade política particular”. (FREUND apud LEBRUN, 1981, p. 4). Em outras palavras, será por meio da política, fundada pela força (uso da “potência”), que se manterá a ordem.

Compreensão similar a esta será vista na definição de “Estado” por Weber (1982, 1992). Segundo o filósofo alemão, será o Estado o detentor legítimo do uso da força física dentro de seus limites territoriais para se fazer impor seus objetivos; não obstante, a compreensão de força em Lebrun não está associada necessariamente a força física. Segundo este autor, “força” não pode estar associada tão somente ao uso da coerção, uma vez que pode haver outros meios capazes de influenciar a conduta das pessoas. (LEBRUN, 1981).

Sendo assim, Lebrun entenderá que o poder não se resume tão somente à potência. Para este autor, poder (sócio-político) deve ser compreendido pelo conceito de “dominação” de Weber, que consistirá na probabilidade de que uma ordem com certo conteúdo seja seguida por determinado grupo de pessoas. (Ibid.). Logo, tal compreensão de poder irá sugerir o papel hierárquico do poder na medida em que sempre haverá uma relação de subordinação (ordem/obediência).

Com o surgimento dos estados modernos, os contratualistas entenderão a centralidade do poder no Estado. Diferentemente da sociedade antiga, sobretudo a Grega, conforme assinalado por Lebrun, em que o poder político residia nos cidadãos da *pólis*, o cidadão moderno irá transferir este poder ao Soberano/Estado em favor da sua segurança e da paz social. (LEBRUN, 1981). Mediante isto, o Estado passa a ser detentor absoluto do poder político conferido pelos cidadãos. Não significa, dizer, no entanto, que o exercício do poder pelo soberano, neste caso representado na figura do Estado, não tenha que ser justificado, ou seja, faz-se necessário atender, ao menos minimamente, aos interesses dos súditos.

Por outro lado, Foucault, salienta que “é preciso não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras”. (FOUCAULT, 2004, p. 193). Em outras palavras é preciso compreender o poder como sendo uma relação de forças que não necessariamente está associada a um indivíduo ou em alguma instituição específica, mas sim como algo que circula nas relações. (Ibid.). Em outras palavras, Foucault criticará tanto a noção de centralidade do poder no Estado/Soberano sugerida pelos contratualistas como a ideia do poder enquanto subordinação (ordem/obediência). Do contrário, o autor salientará que existem vários mecanismos de poder espalhados em múltiplos âmbitos sociais.

Sendo assim, é possível perceber que estas “relações de poder” operam em todos os lugares (de modo heterogêneo), utilizando mecanismos que reforçam o controle e a disciplina sobre os indivíduos. Ademais, ressalta-se que o poder, para Foucault, é exercido em rede, sendo reforçado e reproduzido por todos (incluindo este que vos escreve). Para isto, o autor convida a refletir sobre a organização do espaço social:

(...) é uma máquina que circunscreve todo mundo, tanto aqueles que exercem o poder quanto aqueles sobre os quais o poder se exerce. Isto me parece ser a característica das sociedades que se instauram no século XIX. O poder não é substancialmente identificado com um indivíduo que o possuiria ou que o exerceria devido a seu nascimento; ele torna-se uma maquinaria de que ninguém é titular. Logicamente, nesta máquina ninguém ocupa o mesmo lugar; alguns lugares são preponderantes e permitem produzir efeitos de supremacia. De modo que eles podem assegurar uma dominação de classe, na medida em que dissociam o poder do domínio individual. (Ibid., p. 219).

Neste sentido, para que este espaço funcione ordenadamente, é imprescindível o exercício do poder através da disciplina (dos dispositivos de vigilância e punição, p. ex.), de modo a perpetuar um modelo homogêneo, individualizante e condizente ao sistema vigente, reduzindo a capacidade de resistência e mudança política. (BRIGIDO, 2013). De qualquer maneira, os próprios regimes disciplinares mudam e se reconfiguram, como sugere Lemke (2001), sociólogo alemão, ao descrever as estratégias do neoliberalismo ao desenvolver técnicas de auto regulação. Segundo esse autor:

Promete resolver problemas sociais anunciando uma revolução - não contra o capitalismo, o racismo, o patriarcado etc., mas contra o modo (errado) de nos governarmos. Desta forma, o ângulo de intervenção política e social possível muda. Não são fatores sócios estruturais que determinam se o desemprego, o alcoolismo, a criminalidade, o abuso infantil, etc., podem ser resolvidos, mas sim categorias individuais e subjetivas. (LEMKE, 2001, p. 202, tradução nossa)².

Em suma, percebemos que as estratégias do poder, neste caso, seriam de responsabilizar o sujeito por problemas como o desemprego (p. ex.) ao invés de problematizar o sistema capitalista (e suas diversas instituições disciplinares como a indústria, neste caso). Portanto, a necessidade de mudança estaria associada a maneira equivocada de governar a si mesmo. (RAMMINGER; NARDI, 2008).

O que nos interessa em Foucault, contudo, é a sua inovação ao decentralizar o poder da figura do Estado para compreender as sociedades contemporâneas, sendo que sua manifestação pode ocorrer nos múltiplos dispositivos sociais. Não obstante, Foucault, aos descrever seus “micro-poderes”, não oferece critérios para identificar aquilo que seria o exercício legítimo do poder (ou exercício democrático do poder) ou arbitrário do poder (autárquico). Será este o interesse deste estudo.

Por este motivo, outros autores abordaram a questão do poder. São eles: Franz Neumann e Jürgen Habermas. Tanto o primeiro como o segundo estarão preocupados em pensar mecanismos que permitam o exercício do poder de forma

² It promises to solve social problems by heralding a revolution – not against capitalism, racism, the patriarchy, etc., but against the (wrong) way of governing ourselves. In this way, the angle of possible political and social intervention changes. It is not social-structural factors which determine whether unemployment, alcoholism, criminality, child abuse, etc., can be solved, but instead individual-subjective categories. (LEMKE, 2001, p. 202)

legítima. (RODRIGUEZ, 2017). Por este motivo, ambos os autores irão se preocupar em diferenciar poder e dominação.

Para Neumann, a “dominação” consiste na objetificação das pessoas de tal modo que as torna em sujeitos passivos do poder, podendo este fenômeno se dar nos campos do direito, do conhecimento e da política. Neste caso, o autor utilizará a noção de liberdade e objetificação para diferenciar poder e dominação. (Ibid.). Habermas, por outro lado, utilizará os conceitos de agir comunicativo e agir instrumental para diferenciar regimes autárquicos e democráticos. (Ibid.).

Como podemos perceber, o exercício do poder não deve ser visto necessariamente como algo negativo. Será consenso entre todos os autores esta posição; não obstante, a crítica tanto de Neumann como em Habermas estará fundada na capacidade das teorias de criticarem o poder e não somente assumirem uma posição descritiva. (Ibid.). Tanto é isso que os autores passam a se preocupar em produzir uma teoria política crítica capaz de identificar e diferenciar o exercício do poder de maneira legítima da mera dominação ou do avanço do agir instrumental.

Entretanto, para diferenciar dominação e poder será preciso compreender o conceito de liberdade política desenvolvido por Neumann (2013). Para o autor, a liberdade política dependerá de três elementos essenciais³: o jurídico, o cognitivo e o volitivo. Será somente por meio da garantia das liberdades (por meio destes elementos) que formas legítimas de poder estarão sendo exercidas; do contrário, na ausência destes elementos, estaríamos diante das “patologias da liberdade”. (RODRIGUEZ, 2017).

Por fim, contextualizada a ideia de que o poder pode ser manifestado de muitas formas (inclusive descentralizado do Estado), o objetivo deste trabalho será verificar como está sendo feito o exercício deste poder por parte das organizações,

³ Cada um destes elementos historicamente construídos, segundo Neumann, servem para garantir a liberdade política. Segundo o autor, na ausência ou no excesso de qualquer um destes elementos estaríamos em situação de dominação. (NEUMANN, 2013). Resumidamente: O elemento jurídico servirá para limitar o poder. A sua ausência resultará naquilo que Rodriguez nomeia por autarquia, enquanto o seu excesso, por legalismo; O elemento cognitivo direciona ao caminho da liberdade, na medida em que conscientiza e liberta as pessoas de medos sociais historicamente produzidos, ou seja, das patologias do mundo exterior. O excesso corresponderá a naturalização dos fenômenos sociais e humanos; Por último e não menos importante, o elemento volitivo ou ativista dirá que a liberdade somente será conquistada pelo esforço das pessoas. E esta liberdade será atingida pela participação política das pessoas. Do contrário estar-se-ia diante da patologia da alienação. Da mesma forma, o excesso corresponde ao voluntarismo, patologia esta que faz com que as pessoas exerçam de maneira inconsequente a liberdade ao deixarem de levar em conta o contexto histórico ao qual estão inseridas. (RODRIGUEZ, 2017).

especialmente pelo setor de RH, na medida que este será responsável pelo recrutamento e seleção, processos que serão analisados por este estudo. Por este motivo, passaremos a compreender o RH enquanto espaço de poder (ou dominação, quando autárquico) dada a sua importância às organizações.

Antes, contudo, faremos uma breve menção a algumas manifestações do poder que poderão contribuir para o segundo momento deste trabalho (investigação do setor de RH à luz do direito). Ademais, serão mencionadas as figuras de perversão do direito, identificadas por Rodriguez como mecanismos utilizados pelo poder para fugir do direito por meio de manifestações autárquicas. (RODRIGUEZ, 2018a, 2018b).

2.2.1 O poder juridificado

Podemos definir o ato de juridificar com sendo a positivação, pelo direito, de atos anteriormente regulados de maneira informal, ou melhor, na vida privada das pessoas. Trata-se de uma tendência das sociedades modernas em multiplicar o direito escrito. Segundo Neto:

A juridificação (Verrechtlichung) representa a tendência à multiplicação do direito escrito nas sociedades modernas. Ela tem como consequência a extensão da lógica do sistema jurídico aos novos fatos sociais que eram regulados informalmente e a condensação do direito pela especialização de matérias jurídicas que se solidificaram em matérias particulares. (NETO, 2016, p. 222)

Neste mesmo sentido, Machado (2010) menciona que é através da juridificação que o direito se amplia ao incorporar elementos externos ao sistema com intuito de atingir a realização social.

O século XIX experimentou a crise do paradigma liberal. Naquela época, como visto anteriormente, as lutas sociais da classe operária e de outros movimentos sociais se acentuava de maneira exponencial e tinham o intuito de terem reconhecidos seus direitos coletivos e sociais em razão das desigualdades sociais vividas. (NETO, 2016).

Nesta época, vivia-se sob o paradigma do formalismo jurídico, defendido por Weber, pois protegia o direito de eventuais influências da política e da moral. (Ibid.). A crise deste paradigma, segundo Neto, fará com que Weber identifique o fenômeno da materialização do direito, que teria o papel de corrigir “as assimetrias de poder entre as partes contratantes na relação de trabalho ou econômica”. (Ibid., p. 218).

Segundo Weber (1992), em sua teoria social, o fenômeno da materialização (desformalização) do direito assume um papel moralizador⁴ do ordenamento jurídico, ou seja, os apelos e demandas por justiça social passam a ser incorporados no ordenamento jurídico.

Até Habermas (1997), crítico do formalismo jurídico, reconhecerá o impacto da juridificação sobre temas que anteriormente não eram juridificados. Para o autor a juridificação gera a “colonização do mundo da vida”, na medida que a economia e o estado estariam pautando formas de dominação sobre os modos de viver das pessoas. (Ibid.). Por outro lado, será por intermédio da juridificação que “a categoria social do direito por meio de sua racionalidade sistêmica adquiriu centralidade na resolução de conflitos nas sociedades capitalistas avançadas”. (NETO, 2016, p. 224). Por este motivo, o direito, além de central na resolução de conflitos, passa a ser campo fértil ao reconhecimento dos apelos e anseios sociais.

Da mesma forma, Neumann irá assumir a centralidade do direito na resolução de conflitos sociais. O formalismo defendido por Weber igualmente será criticado pelo autor. Conforme Rodriguez (2009), enquanto Weber entende o fenômeno da materialização do direito como algo que compromete a racionalidade do direito, Neumann, do contrário, reconhecerá um potencial emancipatório do direito para a sociedade. Neste caso, a juridificação será este momento em que o direito passará a escutar os apelos sociais. O que não significa que tal postura comprometa necessariamente a racionalidade do direito.

Em Weber, o fenômeno da materialização do direito, a propósito, comprometeria a estrutura formal do direito, uma vez que a racionalidade do direito liberal pressupõe a previsibilidade das normas e das decisões para que as relações funcionem reciprocamente. Conforme mencionado por Rodriguez, este diagnóstico pessimista do autor, que entende que a materialização do direito formal resulta na irracionalidade do direito, será rebatido por Neumann, que reconhece que a materialização racionalmente justificada pode encontrar espaço no direito, inclusive com feições emancipatórias. (RODRIGUEZ, 2009).

⁴ Entende-se por moralização do ordenamento jurídico a influência dos discursos de justiça social sobre a forma do sistema jurídico, gerando o conflito entre as concepções formais e materiais de justiça (Cf., NETO, 2016).

Para evitar práticas arbitrárias, faz-se necessário algum nível de previsibilidade ao direito (próprio do formalismo jurídico). Neste sentido, é possível perceber que a materialização vazia poderá ter efeitos nefastos a sociedade, como foi o caso do advento do nazismo na Alemanha. Conforme Rodriguez (Ibid., p. 109), “se Weber não percebeu as possibilidades progressistas da materialização, foi capaz de antecipar, como ninguém, seu potencial para destruir o direito”. Por este motivo, mesmo as normas materiais que visam a inclusão de determinados grupos sociais devem ser racionalmente justificadas.

Sendo assim, é possível pensar o direito como campo aberto à inclusão de novas demandas. Segundo Rodriguez (2009, p. 127), “ao formalismo do direito liberal não se deve opor, como quiseram alguns marxistas, a defesa do fim do direito, mas uma outra concepção de direito”. Esta outra concepção reconhece no direito campo fértil na promoção e no reconhecimento das demandas sociais, colocando em prática as promessas de uma sociedade livre, igual e fraternal.

2.2.2 O poder privado

De forma bastante simplória, podemos compreender o poder privado como sendo aquele que está relacionada as relações entre particulares. Este poder privado ao qual nos referimos não está associado meramente ao âmbito negocial. O seu exercício é inerente aos próprios sujeitos que detém algum tipo de poder sobre os outros, conforme acentuado por Santana, em sua dissertação de mestrado. (SANTANA, 2009).

Além de ser possível pensar o exercício deste poder entre unidades particulares, como será o caso das relações familiares entre pais e filhos, das relações escolares entre professores alunos e dos próprios alunos entre si, das relações empregatícias entre empregador e empregado, o seu exercício poderá ocorrer entre agrupamentos maiores, ou seja, entre determinados grupos sociais sobre outros, por exemplo. (Ibid.). Com isso, é possível perceber que o seu exercício não está unicamente ligado ao âmbito dos negócios (contrato entre as partes).

Ainda que o fenômeno da juridificação venha a regular, por meio do direito, aquelas relações que se resolviam no campo privado (justamente para equilibrar

relações desequilibradas), Santana alertará para o agigantamento do poder privado, que passou a influenciar muito mais do que o poder estatal. Segundo a autora:

Nesta ocasião, foi justamente a aprimoração do Poder Privado que, juntamente com o Estado, viria a influir sobre a esfera do ser humano. Por vezes, essa influência privada viria a ser muito maior do que o próprio poder estatal. O Poder Privado viria a gerenciar muito mais o ser humano enquanto pessoa, como ser dotado de personalidade e detentor do direito de dignidade em sua vida. (SANTANA, 2009, p. 11).

Ainda sobre o poder privado, a autora destacará como o exercício deste poder passará a regular condutas, estilos e modos de viver. (Ibid.). Isto demonstra a força deste poder, reforçando a descentralidade do poder da figura do Estado, conforme já alertado por Foucault. (Cf. FOUCAULT, 2004). Não obstante, importante mencionar ainda que o controle do Estado, ou melhor, o poder concentrado na mão do Estado não garante o seu exercício de forma democrática. Não são poucos os exemplos que a história nos convoca a analisar.

Por isso, parece-nos precipitado demonizar todo o poder que resida fora do Estado. É possível verificar tendências emancipatórias oriundas do poder privado, que visem, inclusive, por em cheque instituições que não atendam mais aos interesses sociais. (RODRIGUEZ, 2009). Ademais, é possível que o poder privado, em nome de sua autonomia, construa modelos de auto regulação democráticos. (Ibid.). O que está em jogo, contudo, é a tendência deste poder (e do poder do Estado) ser exercido de maneira autárquica, eximindo-se de qualquer justificação para com a sociedade e para com o direito.

Ao adentrar nas relações de trabalho, é importante se ter em mente o poder que empresas têm sobre as pessoas (e sobre seus funcionários). A título exemplificativo, Santana alertará que discursos em nome da “autonomia privada” dos empregadores também produzem formas de usar o poder de forma discriminatória. (SANTANA, 2009). Tal situação poderá ser pensada para os processos de recrutamento e seleção. Isto porque tanto notícias de cunho jornalístico como pesquisas desenvolvidas a partir da RAIS apontam dificuldades de determinados grupos em se inserirem no mercado de trabalho.

Além disso, ressalta-se que tais decisões oriundas das organizações podem aparentar licitude, pois são sustentadas pelo discurso de liberdade de escolha dos

empregadores. (Ibid.); contudo, será que este discurso se sustentaria racionalmente em todas as manifestações possíveis do poder, mesmo quando respaldadas na mera dominação?

Outra ponderação que merece destaque é a força que o poder privado tem para “degenerar institutos que, intrinsecamente deveriam servir de proteção”. (Ibid., p. 42). Diante desta preocupação, necessária a criação de estratégias que possibilitem o exercício do poder de maneira democrática, de modo a oferecer proteção frente ao arbítrio.

Para evitar esta tendência autárquica que reside tanto no Estado como no poder privado, Rodriguez (2009) salienta ser preciso distribuir o poder entre ambos para que os mesmos possam construir modelos de juridificação, respeitando certos limites. Significa dizer que ambos tem o poder de construir modelos regulatórios. Resta limitar o exercício deste poder de modo a conferir modelos democráticos e inclusivos de juridificação. Segundo Rodriguez (Ibid., p. 140), “deve-se pensar como controlar Estado e autonomia privada e como promover a participação de todos os interessados no processo de formação das normas jurídicas”.

Pensando nisso, este trabalho analisará o exercício do poder dos empregadores e empregadoras sobre aquelas pessoas que estão à procura de trabalho, reconhecendo a necessidade de imposição de certos limites que visem tutelar certos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico. Reitera-se ainda que o presente estudo compreenderá o setor de RH como espaço importante destas organizações, na medida que seu trabalho pode subsidiar as decisões de seus superiores.

2.2.3 O poder do empregador

Como vimos anteriormente, é importante diferenciarmos o uso legítimo do poder da mera dominação (arbítrio). (RODRIGUEZ, 2017). Neste sentido, o poder diretivo do empregador consistirá na possibilidade de o contratante impor determinadas regras, aos seus empregados, através do contrato de trabalho, desde que respeitados determinados limites. (DELGADO, 2017).

Estes limites a que Delgado faz menção serão atribuídos pela ordem estatal, na medida que este poder deverá observar e respeitar as prescrições dadas pelo ordenamento jurídico. (MAGANO, 1982).

Delgado conceituará o poder diretivo como sendo

(...) o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços (DELGADO, 2017, p. 751).

Em outras palavras, pode-se pensar o poder de direção como sendo a faculdade atribuída ao empregador para determinar como a atividade será desenvolvida pelos trabalhadores ou trabalhadoras. Nascimento subdividirá o poder diretivo em poder de organização, poder de controle e poder de disciplina. Obviamente, por limitação temática, não serão desenvolvidos tais conceitos. (NASCIMENTO, 2014).

Sendo assim, é necessário diferenciar o que é poder diretivo e poder potestativo. Enquanto o primeiro já foi devidamente conceituado, o segundo seria uma faculdade absoluta, irrestrita e injustificável atribuída ao empregador sobre o contrato de trabalho. (MAGANO, 1982). Entendemos, contudo, equivocadamente o entendimento de que o empregador possui um “direito potestativo”. A primeira situação diz respeito a existência de legislações que limitam o exercício deste poder. A segunda situação diz respeito a ausência de justificativa oriunda deste “direito potestativo”. Não nos parece razoável conferir legitimidade a decisões arbitrárias. Neste caso, estaríamos diante da tentativa do poder de perverter o direito, uma vez que as decisões passam a ser legitimadas sem que haja qualquer justificativa. (RODRIGUEZ, 2016a).

Por estas razões, a intensão deste trabalho será verificar os limites conferidos pelo direito para o exercício do poder diretivo do empregador, sobretudo naquele que é o eixo central deste trabalho. O processo de recrutamento e seleção.

Como veremos mais adiante o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de normas que vedam a discriminação ocorrida nas relações que precedem o contrato de trabalho. Ainda assim, existem muitas dificuldades para comprovar o que é prática discriminatória ou não. Embora o ordenamento jurídico conceitue e vede qualquer tipo

de prática discriminatória nas relações de trabalho, não existe normas que imponham regras de condutas aos processos que precedem o contrato de trabalho; não obstante, algumas normas e princípios gerais, segundo Galia e Gomes (2016), serão suficientes para assegurar o exercício legítimo do poder diretivo. Mas será que tais limites estão sendo realmente suficientes, especialmente no momento anterior a contratação?

O que se percebe é que na doutrina trabalhista e no direito poucos estudos foram desenvolvidos para investigar este momento que precede o contrato de trabalho. O que na verdade existe de debate sobre o poder diretivo do empregador está diretamente associado às relações que ocorrem durante a relação de trabalho e não o momento precedente, ou seja, do recrutamento, da seleção e posteriormente da contratação.

Existe na doutrina trabalhista uma vasta discussão sobre a dispensa arbitrária. A palavra arbitrária “corresponde ao procedimento que não respeita lei ou regra. Consiste, pois, o arbítrio em cada um fazer aquilo que lhe apetece”. (MAGANO, 1997, p. 15). Neste caso, a dispensa arbitrária corresponde à cessação do contrato de trabalho pelo empregador sem qualquer justificção objetiva. (Ibid.). Esta situação mostra o caráter autoritário desta modalidade de despedida na medida que ignora a própria legislação.

As discussões em torno da matéria residem desde a estabilidade provisória existente para alguns profissionais até a própria necessidade de motivação da dispensa (justa causa ou justo motivo). Tais situações encontrarão guarida na legislação. Não obstante, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a dispensa sem justa causa que será indenizada em razão disso. É o que está previsto em nossa Constituição Federal no art. 7, inciso I⁵.

Além da indenização prevista no referido artigo, as discussões sobre dispensa arbitrária abordam que outros direitos poderão ser aplicados nestes casos. A reintegração ao emprego será um destes direitos, na medida que a dispensa arbitrária ou discriminatória configura ato ilícito, e, portanto, nulo. (LIMA, 2009).

Delgado e outros doutrinadores reconhecem diferenças entre a dispensa arbitrária e a dispensa sem justa causa, demonstrando que mesmo a segunda deverá

⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (BRASIL, 1988)

ser motivada. (DELGADO, 2017; MAGANO, 1997). Ademais, as mesmas não deverão ter o mesmo tratamento, na medida que a primeira está relacionada ao desrespeito a dignidade do empregado, enquanto a segunda poderá estar motivada por questões de cunho financeiro, por exemplo. (REIS; COSTA, 2016).

Ainda que o artigo mencionado acima dependa de lei complementar para sua regular funcionalidade, é importante não perder de vista que a sua eficácia não poderá ser comprometida. O que deverá ser regulamentado é a sua indenização compensatória. (MAGANO, 1988). Em razão disso, tanto a jurisprudência quanto a doutrina vêm aplicando de maneira análoga o parágrafo único do art. 165 da CLT⁶, que tratará sobre os representantes dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) e a Lei 9.029/1995, especialmente o art. 4º, em seus incisos I e II⁷, que determina a reintegração do trabalhador ou da trabalhadora com o ressarcimento de todo o período de afastamento ou, em caso de recusa por parte do empregado, a remuneração em dobro de todo o período. (REIS; COSTA, 2016).

Reis e Costa ainda destacam o direito a indenização por dano extrapatrimonial (moral), além da indenização compensatória prevista no art. 7º, inciso I da CF (pagamento da multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS) e da reintegração ao emprego com o pagamento das parcelas devidas durante todo o período de afastamento. (Ibid.). Contudo, a discussão sobre arbitrariedade no momento que precede o contrato de trabalho, conforme referido acima, é pouquíssimo abordada por estes doutrinadores..

Ao pensar o fenômeno do poder nas organizações, pode-se perceber que o setor de RH supostamente ocupa um lugar de subordinação ao poder diretivo dos próprios empregadores. Da mesma forma um candidato ou uma candidata também

⁶ Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado. (BRASIL, 1943)

⁷ Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (BRASIL, 1995).

estará subordinada (ainda que não venha a se tornar empregada) a uma decisão do RH/Organização.

Como será visto posteriormente, existem muitas dificuldades em se provar o uso autárquico do poder. (RODRIGUEZ, 2017). Quando falamos em recrutamento e seleção, não será diferente. Pouco se sabe sobre como vedar, na prática, eventuais abusos ocorridos em tais processos desenvolvidos pelo setor de RH. Como foi visto na pequena amostra feita no início deste capítulo, não são poucas as matérias de cunho jornalístico ou artigos acadêmicos que denunciam o sentimento de injustiça de candidatos e candidatas em seus processos de seleção.

Antes de identificar eventuais práticas discriminatórias, apresenta-se as figuras de perversão do direito em suas modalidades pois permitirão identificar com maior clareza as tentativas do poder (seja ele qual for) de fugir do controle do direito. (Id. 2009).

2.3 As figuras de perversão do direito

O conceito de perversão do direito busca demonstrar como o direito é utilizado pelos poderosos “para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil”. (RODRIGUEZ, 2016a, p. 103). Em outras palavras, seria a tentativa de reduzir o direito a mero instrumento. (Id. 2009).

A partir da modernidade, a visão tradicional de poder é suplantada por um modelo descentralizador, que passa a entender o poder (e os poderes) como algo que pode estar em qualquer lugar, representado de múltiplas formas e que circula nas relações, conforme visto a pouco. (FOUCAULT, 2004). A este trabalho interessa estudar as maneiras como o poder privado vem sendo usado, especialmente no que se refere às relações de trabalho e ao poder diretivo das organizações (por meio do RH).

Como já mencionado anteriormente, o agigantamento do poder privado faz com que a sua influência seja, por vezes, maior do que a do Estado. (SANTANA, 2009). Conforme denunciado por Santana, a força do poder privado pode, além de ter grande influência sobre as diversas relações sociais (entre grupos e sujeitos particulares), degenerar institutos que serviam de proteção às pessoas. (Ibid.). Neste sentido, resta

saber como este poder vem sendo exercido socialmente, podendo lhe conferir regularidade (ou não).

Parece-nos precipitado, contudo, acreditar que todo o poder que resida fora do Estado seja exercido de maneira autárquica. Da mesma forma, não acreditamos que o exercício exclusivo do poder pelo Estado garanta condutas não arbitrárias e antidiscriminatórias. É possível verificar tendências emancipatórias oriundas do poder privado, que visem, inclusive, pôr em xeque instituições que não atendam mais aos interesses sociais. (RODRIGUEZ, 2009).

Para isto, todo o poder, seja ele estatal ou não, para legitimar suas ações fundamentadas no ideal de estado de direito, “precisa justificar racionalmente suas decisões mostrando que elas atendem igualmente aos desejos e necessidades de todos”. (Id., 2016a, p. 100).

Rodriguez salienta que quando falamos de estado democrático de direito devemos ter em mente que as normas que regulam nosso comportamento devem ser ratificadas pela sociedade civil e estarem atentas a qualquer forma de injustiça em detrimento de determinados grupos. Caso contrário, estar-se-á diante da tendência do poder de fugir do controle do direito. (Id., 2009).

Pesquisas empíricas que visem investigar a atuação do Estado ou de outros poderes podem se beneficiar bastante destas conceituações, na medida em que passam a fiscalizar e cobrar concretamente os ideais de um estado de direito. (Id., 2016a).

Por este motivo, antes de uma imersão nos estudos sobre o setor de RH, trabalharemos as modalidades de perversão do direito propostas por Rodriguez, entendendo que suas conceituações permitem, com maior precisão, entender as tentativas do poder de perverter o direito. (Id., 2009).

2.3.1 Legalidade Discriminatória, Zonas de Autarquia e Desumanização

Como foi visto até aqui, o poder, por si só, não pode ser visto como algo negativo. Por este motivo, para que não venha a ser compreendido como autárquico, arbitrário, ou antidemocrático, deve o poder, seja ele estatal ou não, fundamentar suas ações para legitimá-las naquilo que pode ser compreendido como o ideal do estado

de direito. (Id. 2016a). Em outras palavras, o exercício proposto por este estudo é diferenciar o exercício do poder legítimo da mera dominação. (Id. 2017).

Neste sentido, é possível pensar a perversão do direito ou o exercício autárquico do poder (dominação) por meio de três importantes modalidades identificadas por Rodriguez em seus estudos: legalidade discriminatória, zonas de autarquia e desumanização. (Id., 2018a, 2018b).

A primeira delas pode ser compreendida como sendo a utilização da forma geral do direito de maneira pervertida, com intuito de atingir grupos e/ou sujeitos determinados. (RODRIGUEZ, 2016c). Em outras palavras, a legalidade discriminatória consiste na “produção de normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviços de interesses parciais, por exemplo, atingir apenas a determinados grupos sociais e não outros”. (Id., 2016a, p. 104).

Um exemplo interessante sobre esta modalidade de perversão do direito pode ser observado em episódios do macarthismo nos Estados Unidos. (NEUMANN, 2013). Neumann analisou os episódios de perseguição a servidores públicos suspeitos de deslealdade (praticar o comunismo) e que em razão disso eram despedidos arbitrariamente pelo governo. Nesta análise, o autor irá demonstrar que, embora seja direito/dever do Estado dispensar funcionários desleais, faz-se necessário garantir o contraditório e o direito de produzir prova em contrário (ou alegar ausência/insuficiência de provas), o que na prática não ocorria naquele período. (Ibid.).

Zonas de autarquia podem ser entendidas como sendo a criação de espaços autárquicos, livres de qualquer influência e racionalidade do direito, mas que tenham aparência de legalidade. (RODRIGUEZ, 2016c). Em outras palavras, esta modalidade de perversão pode ser entendida por meio de espaços institucionais nas quais as decisões são tomadas sem qualquer justificação racional.

Neste sentido, pode-se definir tal modalidade de perversão da seguinte forma:

[...] chamaremos de *zona de autarquia* um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação. Está para ser feita uma descrição detalhada destas zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas uma aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado. (RODRIGUEZ, 2013, p. 172).

Como podemos perceber, estas zonas de arbitrariedade podem se constituir tanto no âmbito público como no privado. Contudo, cabe mencionar que estas decisões, na maioria das vezes, ocultam as reais fundamentações justamente para que aparentem racionalidade, coerência e não arbitrariedade. (RODRIGUEZ, 2013).

No entendimento do autor estas modalidades de perversão do direito colocam a democracia em teste. (Id., 2016c). Esta situação ocorre, pois, ao neutralizar a soberania popular, inviabiliza-se a discussão e a transformação institucional, típicos dos regimes democráticos. Segundo Rodriguez, esta forma de perverter o direito “afronta a democracia por retirar do debate público a discussão sobre um determinado conjunto de normas e instituições com influência sobre a distribuição de poder”. (Ibid.).

Por último, em texto publicado no anuário do programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rodriguez aduz uma terceira figura de perversão do direito. A desumanização (RODRIGUEZ, 2018b).

Para o autor, o processo de desumanização tem como alvo determinados grupos sociais, tais como: pessoas negras, pessoas encarceradas, mulheres, estrangeiros, imigrantes, transexuais, travestis, entre outros. Neste caso, estes grupos estariam despojados da proteção de instituições e dos próprios ideais de estado de direito. (Ibid.).

Neste sentido, pensar a perversão do direito nas suas modalidades possibilita uma maior compreensão das práticas do setor de recursos humanos nas organizações. Permite, com maior clareza perceber as tentativas do poder, seja ele estatal ou não, de fugir do direito. (Id., 2009).

Por este motivo, a temática merece atenção dos estudos em Direito, e convoca a algumas questões: Como definir quando os processos de recrutamento e seleção são discriminatórios? É possível nestes casos, através do direito, instituir mecanismos que permitam o exercício do poder de forma legítima? (RODRIGUEZ, 2017). Como saber quando a organização usa do poder diretivo para exigir do setor de RH a produção de processos seletivos discriminatórios (prática ilícita)? Como saber quando é a organização ou o próprio setor que produz discursos discriminatórios? Estar-se-ia diante da tentativa de perverter o direito? (Id., 2016b). Provavelmente não será possível obter resposta para todos estes questionamentos; contudo, é fundamental estar atento para quando o uso do poder está respaldado em mera dominação. (Id., 2017).

3 PENSAR O SETOR DE RECURSOS HUMANOS À LUZ DO DIREITO

Como visto no capítulo anterior, o setor de RH cumpre função estratégica à estas organizações. É por intermédio deste setor que a promoção, aplicação, manutenção, desenvolvimento e monitoramento de pessoas serão desenvolvidas. (CHIAVENATO, 2016).

Outra situação abordada no capítulo anterior diz respeito a função de *staff* do setor. Em outras palavras, o papel desempenhado pelos trabalhadores e trabalhadoras do setor de RH será de assessorar e orientar as chefias na melhor administração de funcionários e funcionárias. (Ibid.). Em outras palavras, significa dizer que as decisões finais estarão a cargo dos chefes ou gerentes de linha por estarem mais próximos dos trabalhadores e trabalhadoras.

No que tange aos processos de recrutamento e seleção (objeto central da análise deste trabalho), as decisões finais ainda assim poderão estar atreladas as chefias. Quando falamos de recrutamento, por exemplo, o setor de RH não terá autoridade para iniciar alguma atividade de recrutamento sem que o órgão que possua determinada vaga solicite pessoas para preenche-la. Da mesma forma, a decisão final de um processo seletivo estará nas mãos do órgão requisitante. (Id., 2015).

Mesmo assim, é importante mencionar que o setor de RH será o espaço supostamente dotado de conhecimentos técnicos, dispondo de instrumentos capazes de oferecer processos de recrutamento e seleção aparentemente justos por estarem respaldadas em conhecimentos científicos. (Ibid.). Entende-se, contudo, que o papel do direito é justamente analisar e questionar as práticas desenvolvidas neste setor, conferindo a elas caráter democrático ou não. Em outras palavras, é necessário saber quando o uso do poder decisório destes profissionais está respaldado no direito ou na mera dominação. (RODRIGUEZ, 2017).

Situação interessante para análise diz respeito a cultura da empresa. Segundo Ferreira (2016), a cultura organizacional se tornou um dos principais critérios na seleção de futuras empregadas e/ou empregados. Para o autor, currículo e experiência são importantes; não obstante, o perfil do candidato é avaliado observando se será o mais apropriado para a cultura da organização, evitando-se assim problemas no futuro. Mas e se a cultura organizacional estiver pautada em discursos discriminatórios de qualquer natureza? Como será o recrutamento e a

seleção desenvolvidos pelo RH? Estas e outras perguntas possíveis demonstram a necessidade de se investigar como vem sendo exercido o poder pelas organizações e pelo setor estratégico de RH.

Ao pensar nas empresas ligadas a moda, por exemplo, Madureira, Novaes e Vilhena (2015) problematizarão as maneiras como a estética entra como exigência nos processos de recrutamento e seleção de pessoas do sexo feminino para os cargos de gerente, vendedora, caixa e estoquista. Ademais, salientam que cada vez mais pessoas que não atendam aos padrões estéticos exigidos são imediatamente excluídas das etapas de recrutamento.

Ainda segundo as autoras, os currículos enviados ao RH terão imagem de rosto e de corpo das candidatas, sendo que “se o corpo, o cabelo ou o rosto não estiverem dentro dos padrões físicos da empresa, o currículo é, imediatamente, deixado de lado”. (MADUREIRA; NOVAES; VILHENA, 2015, p. 32).

Almeida e Vasconcellos (2018), em estudo empírico desenvolvido por meio de entrevistas semiestruturadas com membros de entidades que atuam junto a população transexual e travesti em São Paulo, relatam as dificuldades enfrentadas para a inserção destas pessoas no mercado de trabalho e a discriminação sofrida antes e após a contratação.

Segundo as autoras, uma das reivindicações das entidades é a capacitação dos trabalhadores e trabalhadoras do RH das empresas para que estejam preparadas tanto para recrutar e selecionar pessoas transexuais como para dar suporte após a contratação. (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018). Além do papel de fiscalização por parte do Estado, as entidades indicam a necessária “adoção de lei de cotas, com incentivos fiscais para as empresas e a imposição da contratação de pessoas trans como requisito para habilitação em licitações”. (Ibid., p. 327).

Outros dados que merecem atenção são aqueles obtidos por meio da RAIS. (BRASIL, 2017a). No ano de 2017, na análise de “emprego segundo sexo”, ainda que tenha ocorrido um aumento da participação feminina no mercado de trabalho, homens ainda ocupam 56% dos postos de trabalho enquanto mulheres 44%. Além disso, a remuneração média de homens é de R\$3.181,87 enquanto de mulheres R\$2.708,71

No tocante ao “emprego segundo raça/cor”, pessoas autoconsideradas da cor preta ou parda, no ano de 2017, registraram expansão nos postos de emprego. Ainda assim, pessoas da cor de pele preta correspondem apenas a 5,8% dos estoques de

emprego, enquanto aqueles que se autodeclararam da cor de pele branca detêm 56,5% dos estoques de emprego. Ademais, pessoas que se consideram pardas registraram 36,7%, amarelas 0,8% e indígenas 0,2%. Com relação a remuneração média, pardos e negros tem as remunerações mais baixas (R\$2.108,43 e R\$2.111,67, respectivamente) enquanto amarelos e brancos as mais altas (R\$3.674,53 e 2.995,59, Respectivamente).

Já na relação de “emprego de pessoas com deficiência”, os dados também informam um aumento dos estoques de emprego para estas pessoas. Atualmente pessoas com deficiência ocupam 441,3 mil vínculos empregatícios, 1% do estoque total de emprego. Quanto a remuneração, pessoas “não deficientes” recebem mais que pessoas com deficiência (R\$2.975,52 e R\$2.725,68, respectivamente).

Por todos os exemplos e motivos mencionados, o presente estudo se propõe a investigar o setor de recursos humanos à luz do Direito, uma vez que o ordenamento jurídico terá instrumentos normativos que vedam qualquer tipo de discriminação no acesso ao trabalho; contudo, percebe-se que as práticas do setor de RH podem estar sendo naturalizadas ou até mesmo respaldadas em discursos que nada tenham a ver com as reais condições para o exercício de determinada atividade laborativas.

Como já demonstrado neste estudo, são escassas as discussões existentes na doutrina trabalhista sobre os processos que precedem a contratação – como é o caso dos processos de recrutamento e seleção de pessoas. Além disso, será demonstrado neste estudo as dificuldades enfrentadas para provar a existência (ou não) de discriminação nos processos de recrutamento e seleção, ao analisar alguns julgados que versam sobre a matéria. Da mesma forma, verificaremos o descompasso existente entre algumas técnicas utilizadas pelo RH e a própria legislação brasileira, produzindo assim práticas por vezes contrárias ao ordenamento jurídico pátrio. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014).

Encerrando esta parte e reconhecendo a necessidade do direito em se haver com esta situação, o presente estudo passa a mapear a legislação existente que de alguma forma tem o intuito de proteger e garantir o acesso ao mercado de trabalho

para grupos e pessoas discriminados socialmente, impondo limites ao poder diretivo das organizações.

3.1 Os limites impostos pela legislação para evitar a discriminação e exclusão da diversidade no trabalho

Inicialmente, importante mencionar o papel do Estado de Direito enquanto limitador do poder soberano e do poder privado. Segundo Rodriguez (2016c, p. 623), “Ninguém pode agir licitamente sem fundamento em uma norma jurídica ou em uma norma social que autorize diretamente uma determinada conduta ou crie um espaço de autonomia dentro dos limites impostos pelo direito de determinado ente soberano”. Sendo assim, as condutas – neste caso aquelas exercidas pelo setor de RH – devem ser devidamente justificadas e amparadas no direito, evitando-se assim e decisões autárquicas e práticas discriminatórias que fomentam a exclusão da diversidade no acesso ao trabalho.

Adentrando na legislação existente que impõe alguns limites ao poder privado, neste caso ao poder das organizações, iniciaremos pela Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no artigo 1º e suas alíneas, que conceitua a discriminação no emprego ou profissão como sendo

toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. (BRASIL, 1968b).

ou qualquer outra distinção que altere a igualdade de oportunidade e de tratamento. (Ibid.). A presente Convenção ainda reitera o compromisso dos Estados em instituir políticas com o intuito de eliminar as discriminações existentes nas relações de trabalho. A referida convenção adentrou e passou a produzir efeitos no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 62.150/68, no período de ditadura militar brasileira e curiosamente no mesmo ano da publicação do Ato Institucional nº 5. (Cf. Id., 1968a).

Outra Convenção da OIT que merece destaque é a de nº 158 do ano de 1982. Embora o intuito desta Convenção seja a proteção contra a dispensa arbitrária (OIT,

1982), no nosso entender as discussões existentes sobre a matéria podem contribuir para a reflexão sobre as situações que antecedem o contrato de trabalho.

Segundo Andrade (2012), o intuito desta Convenção era de condicionar o empregador a justificar as causas de término da relação de emprego, devendo as mesmas estarem fundadas na capacidade ou conduta do trabalhador ou da trabalhadora, ou baseadas em necessidades para o funcionamento regular da empresa. A referida Convenção, contudo, foi denunciada em 1996 pelo presidente da república da época, gerando embates que perduram até hoje sobre a legalidade do ato e a aplicabilidade da mesma no ordenamento jurídico interno. (Cf. ANDRADE, 2012).

Já no advento da Constituição democrática de 1988, uma série de dispositivos constitucionais que abordam a vedação a qualquer tipo de discriminação foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio. Dentre os objetivos fundamentais desta Constituição, menciona-se o art. 3º, inciso III e IV do referido diploma que preveem: a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem estar de todos sem qualquer preconceito fundado em origem, raça, sexo, cor, idade dentre outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Dentre estas novas disposições, pode-se elencar também os incisos XXX e XXXI do artigo 7º da Constituição Federal⁸ que de maneira mais específica vedam qualquer tipo de diferenciação salarial, exercício de funções ou critérios de admissão motivados pelo sexo, idade, cor ou estado civil. Da mesma maneira, esta situação ocorre aos trabalhadores com algum tipo de deficiência. (Ibid.).

Ainda com relação a Constituição, o art. 5º inciso X determinará o direito a indenização por dano material ou moral decorrentes a violação da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. (Ibid.). Com relação ao direito à intimidade, salienta-se que é assegurado a toda pessoa resguardar situações íntimas da vida do conhecimento público. (BACELLAR, 2003). Tal aspecto não será diferente nas relações de trabalho.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Sendo assim, embora não haja uma legislação específica que diga quais técnicas e instrumentos poderão ser utilizadas pelo RH nos processos de recrutamento e seleção, estes devem se restringir a avaliação de aptidões do candidato ou candidata para o cargo que pretendem ocupar, evitando-se assim a violação da intimidade. (SANCHES, 2009). Com fundamento no artigo acima e na lei nº 9.029/95 a jurisprudência, por meio do TST, firmou entendimentos que limitou o poder diretivo das empresas, como é caso da exigência de certidão negativa de antecedentes criminais e/ou consulta prévia a órgãos de proteção de crédito (SPC e Serasa). Estas situações serão vistas em breve.

Já nas normas infraconstitucionais, podemos mencionar primeiramente a Consolidação das Leis Trabalhistas, especialmente no capítulo III – Da proteção do Trabalho da Mulher. (Id. 1943). Embora o título especifique a situação da proteção às mulheres, é possível perceber, no art. 373-A e seus respectivos incisos⁹ (incluídos pela Lei nº 9.799/99), que além da categoria sexo, outras variáveis como idade, raça e situação familiar são referidas como critérios que não podem obstar o emprego.

Os incisos I, II e IV salientarão que anunciar, recusar e dispensar por motivos de sexo, idade, cor, situação familiar, estado de gravidez são condutas vedadas pelo ordenamento jurídico. Além disso, exigir atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez como condição de admissão ou permanência no emprego são condutas igualmente vedadas. (Ibid.).

Também na CLT, o art. 442-A veda a exigência de experiência prévia superior a seis meses no mesmo tipo de atividade. (Ibid.). Ainda que não diga respeito a uma

⁹ Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

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

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

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

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

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

discriminação direta a determinadas pessoas, afirma-se que esta limitação visa oportunizar o trabalho a pessoas que não tenham tanta experiência no mercado de trabalho. (DELGADO, 2017).

No que tange o acesso ao trabalho, a já mencionada Lei nº 9.029/95 em seu art. 1º ressaltará a proibição de prática discriminatória e que limite o acesso à relação de trabalho ou de sua permanência “(...) por motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros (...)”. (Id., 1995). É possível perceber que o artigo acima mencionado traz um rol exemplificativo de hipóteses de discriminação. (JAKUTIS, 2006). Isso significa que a expressão “entre outros” amplia o leque para outras hipóteses de discriminação, não estando adstrita àquelas referidas pelo artigo.

Além disso, a referida lei, em seu art. 2º, tipifica enquanto crime tanto a exigência de testes, exames, ou qualquer outro tipo de procedimento relativo à esterilização ou a gravidez, como também eventual indução por parte do empregador de esterilização genética ou promoção de controle de natalidade. (BRASIL, 1995).

Menciona-se ainda a Lei nº 8213/91, que no art. 93¹⁰ estabelecerá vagas obrigatórias a pessoas com deficiência (PCD) ou beneficiários da Previdência Social reabilitados em empresas com 100 ou mais empregados (as), no percentual de 2% a 5%. (Cf. BRASIL, 1991). Além disso, o §1º que obteve nova redação com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) estabelecerá que:

A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Ibid.).

Em suma, o empregador não poderá despedir imotivadamente ou resolver o contrato por prazo determinado com mais de 90 dias sem que já tenha contratado outro trabalhador com deficiência ou reabilitado para preencher a vaga.

¹⁰ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

Nesta mesma linha de reserva de vagas, a CLT, no art. 429, obriga estabelecimentos de qualquer natureza a reservar vagas de 5 a 15% do total de empregados do estabelecimento para funções que demandem formação técnico-profissional. (BRASIL,1943).

Outros limites foram sendo construídos pela jurisprudência pátria. Além da impossibilidade, via de regra, de se exigir certidão de antecedentes criminais, consultar previamente órgãos de proteção de crédito e até exigir certidão de ajuizamento de processos trabalhistas, outras matérias que de alguma forma limitam a autonomia das empresas foram enfrentadas pelos Tribunais brasileiros. Pode-se mencionar, por exemplo, a Súmula 443 TST, que veda a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outras doenças graves que suscitem preconceito, tendo o trabalhador ou a trabalhadora o direito a reintegração no emprego. (BRASIL, 2012).

A seguir serão analisados algumas destas construções oriundas da jurisprudência brasileira que visam limitar práticas arbitrárias dos empregadores e combater as desigualdades no trabalho.

3.1.1 Alguns dos limites construídos pela jurisprudência pátria

Como foi possível perceber no título anterior, tanto a Constituição Federal quanto as demais normas infraconstitucionais expressamente vedam qualquer prática discriminatória que vise limitar o acesso ao trabalho, ainda que existam algumas ressalvas. Muitos destes dispositivos, como é caso do art. 1º da Lei nº 9.029/95 deixam abertas as condutas que possam ser consideradas discriminatórias. (JAKUTIS, 2006). Por este motivo, a jurisprudência, respaldada na doutrina, vêm pontuando outras formas de discriminação que não estão diretamente previstas nas normas jurídicas. Analisaremos três casos:

O primeiro caso que será mencionado diz respeito a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), em Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº 243000-58.2013.5.13.0023, considerou ilegítimo e passível de dano moral a exigência de antecedentes criminais. Segue ementa abaixo:

INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. TEMA Nº 0001. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE

ANTECEDENTES CRIMINAIS. CANDIDATO A EMPREGO. 1. Não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido. 2. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas. 3. A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas *supra*, caracteriza dano moral *in re ipsa*, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido. (BRASIL, 2017e).

O incidente acima mencionado diz respeito a reclamação trabalhista proposta por Severino Alexandre da Silva em desfavor de Alpargatas S.A, uma vez que a reclamada teria exigido certidão de antecedentes criminais no processo admissional. O julgamento contou com a participação do Ministério Público do Trabalho, do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília (UnB) enquanto “amicus curiae”. Além destas entidades, o TST possibilitou a inscrição de outras pessoas com conhecimentos sobre a matéria para que participassem ativamente dos debates da audiência pública.

Em decisão obtida por maioria, os Ministros da SDI-1 do TST firmam três teses jurídicas:

A primeira considera ilegítima a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato à vaga de emprego quando esta for discriminatória ou não se justificar em razão de previsão legal, natureza da atividade ou de grau especial de confiança exigidas para a função, configurando direito a dano moral. Com relação a esta tese, foram vencidos parcialmente os Ministros João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Caputo Bastos;

A segunda prevê exceções a primeira tese, ou seja, considera legítima e descaracteriza lesão moral uma série de atividades. Será o caso dos empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com algum tipo de deficiência, atividades exercidas em creches, asilos ou instituições parecidas, motoristas

rodoviários de carga, empregados que executam atividades na agroindústria manejando ferramentas perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que fazem o manejo de substâncias tóxicas, entorpecentes, armas, ou que atuam com informações sigilosas. Foram vencidos parcialmente os Ministros Augusto César de Carvalho, relator, Aloysio Corrêa da Veiga, Walmir Oliveira da Costa e Cláudio Mascarenhas Brandão, que não exemplificavam;

A terceira e última tese destaca que será considerado presumido o direito a dano moral quando ausente qualquer das situações referidas na segunda tese. Neste caso, ainda que o candidato tenha sido selecionado o direito a indenização não é afastado. Nesta tese os Ministros João Oreste Dalazen, Emmanoel Pereira e Guilherme Augusto Caputo Bastos foram voto parcialmente vencido enquanto que os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Renato de Lacerda Paiva e Ives Gandra Martins Filho tiveram voto totalmente vencido.

Ainda foram levantadas duas outras teses pelo Ministro Relator Augusto César de Carvalho que por maioria foram rejeitadas. A primeira delas disse respeito a possibilidade de exigência de certidão de antecedentes criminais somente para atividades potencialmente degeneráveis em conduta tipificada como ilícito penal. A última delas, pretendia considerar ilícita a exigência da referida certidão quando o candidato ao emprego a atividade não possa desencadear condutas descritas em tipo penal em que o candidato responde ou que já tenha sido condenado. Uma outra tese foi levantada pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga foi rejeitada pela maioria dos ministros, sendo o seu voto e o dos Ministros Renato de Lacerda Paiva e Ives Gandra Martins Filho vencidos.

Ainda que o processo dependa da análise de recurso extraordinário, o Tribunal Superior do Trabalho vem aplicando as três teses vencedoras, pacificando até o momento a jurisprudência trabalhista.

O segundo caso diz respeito a exigência de certidão negativa junto a órgãos de proteção ao crédito (SPC, Serasa ou outros cadastros de inadimplência). Em 2012 a Segunda Turma do TST, ao julgar o Recurso de Revista nº 38100-27.2003.5.20.0005, na relatoria do Ministro Renato de Lacerda Paiva do Recurso de Revista, declarou lícita a consulta a serviços de proteção ao crédito, a órgãos policiais e do poder judiciário nos processos seletivos (fase que antecede o contrato de trabalho). Na época, a turma, acompanhando o entendimento do ministro, salientou que por se

tratarem de dados públicos não teria como admitir que a conduta seja ilícita. Inclusive, o então Ministro relator salienta que a própria administração pública exige tais documentações em seus processos de seleção.

O entendimento, embora não pareça pacificado, muda. No Recurso de Revista nº 3990200-19.2008.5.09.0002, julgado pela mesma turma no final do ano de 2014, porém sob a relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, compreendeu como ilícita a pesquisa prévia da situação financeira dos candidatos ao emprego. Segue abaixo a ementa do julgado:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROCESSO SELETIVO - PESQUISA PRÉVIA DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DOS CANDIDATOS AO EMPREGO - SPC E SERASA - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - DANO MORAL COLETIVO. O Tribunal Regional convalidou a sentença da Vara do Trabalho na parte em que se concedera a antecipação de tutela pretendida pelo Ministério Público do Trabalho nos autos da ação civil pública, por considerar ilícita a conduta do réu de proceder à pesquisa, em cadastro de proteção ao crédito, dos antecedentes creditícios de candidatos a emprego, de forma a restringir-lhes o acesso a vagas de emprego, em razão de seu nome constar em uma das listas de empresas de proteção ao crédito, como Serasa e SPC, em virtude de entender tratar-se de ato discriminatório e violador da esfera íntima e privada do trabalhador. [...] Ocorre que, diante da incontrovérsia dos fatos relativos à conduta ilícita do reclamado, o dano moral daí decorrente é considerado in re ipsa, já que decorre da própria natureza das coisas, prescindindo, assim, de prova da sua ocorrência concreta, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato ilícito ou antijurídico em função do qual a parte afirma ter ocorrido a ofensa ao patrimônio moral. [...] Dessa forma, encontrando-se caracterizado o dano moral coletivo, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, deve-se condenar o reclamado ao pagamento da respectiva indenização, levando-se em conta para o seu arbitramento essencialmente a sua função sancionatória e pedagógica, de forma a afastar a reincidência e não deixar impune a lesão, pelo que se considera razoável e proporcional arbitrar o valor do dano moral coletivo em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Recurso de revista conhecido e provido." (BRASIL, 2014).

A decisão acima é oriunda de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em desfavor do Banco HSBC Bank Brasil S.A. Em primeiro grau a reclamada foi condenada a se abster imediatamente e definitivamente de fazer pesquisa em cadastro de proteção ao crédito com o intuito de verificar a situação financeira e de adimplência dos candidatos e candidatas a vaga de emprego, ou de se utilizar de qualquer forma de seleção que não estritamente direcionadas a aptidão

profissional do candidato. Ademais, foi condenada ao pagamento de R\$5.000,00 para cada ato que viole o disposto na decisão bem como o pagamento de indenização por danos morais coletivos na importância de R\$500.000,00, ambos revertidos ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

No tribunal *a quo* a reprovabilidade da conduta da reclamada foi ratificada, tendo sido alegado que a inadimplência não pode ser fator impeditivo à seleção a uma vaga de emprego. Esta posição foi respaldada pelo fato de que a colocação de uma pessoa no mercado de trabalho tem também o objetivo de saldar eventuais dívidas que venha a ter. Sendo assim, entendeu o tribunal que qualquer restrição na seleção de um candidato pelo fato de ter seu nome inscrito nas listas de proteção ao crédito (SPC e Serasa) configura prática discriminatória devendo ser coibida. A decisão, contudo, foi reformada. No que tange a condenação ao pagamento de danos morais coletivos, a relatora do caso entendeu que a coletividade não teria sido atingida pelos critérios seletivos adotados pela reclamada, não configurando nexos causal entre a conduta e a lesão sofrida.

Ambas as partes interpuseram Recurso de Revista ao TST. Neste acórdão, por maioria, os ministros da Segunda Turma do TST conheceram e deram provimento ao Recurso de Revista interposto pelo MPT, condenando a reclamada a pagar R\$300.000,00 a título de danos morais coletivos, além de se abster de promover pesquisas junto a cadastros de proteção ao crédito. Nas alegações do ministro relator, o dano moral coletivo é considerado presumido, sendo, portanto, escusado de comprovar o nexo causal, uma vez que a conduta por si só já lesiva. Curiosamente, o voto vencido foi do Ministro Renato de Lacerda Paiva, que manteve o posicionamento de 2012.

O terceiro e último caso versa sobre a exigência, por parte da organização, de certidões de que os candidato ou as candidatas não possuam processo trabalhista ajuizados.

A parte final do art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal prevê a limitação do acesso a informações consideradas sigilosas. (BRASIL, 1988). Em 2011, o referido dispositivo constitucional recebeu regulamentação por meio da Lei nº 12.527/11, popularmente conhecida como Lei de Acesso a Informação, que veio a substituir a Lei nº 11.111/05 até então vigente. (BRASIL, 2011).

Com o advento da Lei de Acesso a Informação, uma série de disposições foram incorporadas ao ordenamento jurídico para garantir o acesso transparente a informações. Um destes dispositivos é o art. 31. Esta norma jurídica destaca a necessidade de se respeitar as informações que disponham sobre a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem da pessoa e outras garantias individuais. (Ibid.). Destaca-se ainda o §2º do art. 31 que prevê a responsabilização do sujeito que fizer uso indevido da informação.

Um ano antes da entrada em vigor da Lei nº 12.527/11, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 121/10, dispôs sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos e expedição de certidões judiciais. No ano seguinte, o TST requereu, por meio do processo nº 0004591-49.2011.2.00.0000, a alteração do art. 4º, §1º que possibilitava a consulta a dados de ações trabalhistas por meio do nome das partes, número do processo nomes dos advogados, entre outros. Com a decisão, a Resolução nº 143/11 alterou a redação do artigo mencionado. (Id., 2011b).

Segue abaixo ementa da decisão:

COMISSÃO – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ALTERAÇÃO DE RESOLUÇÃO Nº 121 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 01 – A PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO ELEVADO A CATEGORIA CONSTITUCIONAL DOS ATOS PROCESSUAIS DIVIDEM-SE EM DUAS DIMENSÕES. O ACESSO POR PARTE DA SOCIEDADE COMO DIREITO AS INFORMAÇÕES SOBRE OS PROCESSOS E AO FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E A GARANTIA DE ACESSO AOS DADOS DOS PROCESSOS PELOS INTERESSADOS DIRETOS NAS DEMANDAS 02 – A PRIMEIRA, O DIREITO DO CIDADÃO AS INFORMAÇÕES NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES INDEPENDE DE PRÉVIO CADASTRO NO SISTEMA PROCESSUAL ELETRÔNICO. 03 – CONSULTA PÚBLICA AOS SISTEMAS DE TRAMITAÇÃO E ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS POR MEIO DO NOME DO ADVOGADO E/OU NÚMERO DA OAB, ESPECIALMENTE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NÃO TORNA POSSÍVEL A FORMAÇÃO DAS CHAMADAS “LISTAS NEGRAS” DE TRABALHADORES QUE REINVIDICAM SEUS DIREITO NA JUSTIÇA LABORAL. 04 - VIABILIDADE TECNOLÓGICA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 121, COM NOVA REDAÇÃO PARA OS ARTIGOS 4º, § 1º NOS TERMOS PROPOSTOS NO PARECER. 05 – ACATAMENTO DA SOLICITAÇÃO DO TST. (BRASIL, 2011a).

O presidente do TST naquela época (requerente da solicitação), preocupado com a discriminação e restrição no acesso ao mercado de trabalho, solicitou que o CNJ alterasse o texto original do Art. 4º, §1º da Resolução nº 121/10 (Id., 2010a), uma vez que a consulta a dados processuais por meio do nome abria a possibilidade das empresas construírem “listas negras” de trabalhadores que por ventura tenham ajuizado alguma ação trabalhista em desfavor de outra empresa.

Acatando a solicitação, o Conselho, por unanimidade, aprovou a sugestão do requerente (TST), alterando o texto do art. 4º, §1º da Resolução nº 121/10. (Ibid.). Isto significou que os portais eletrônicos dos tribunais do trabalho somente permitiam consultas pelo número do processo, nome do advogado e/ou número do registro na OAB.

Ainda assim, consultas pelo nome do candidato ou da candidata em plataformas como o “google” podem fornecer informações processuais hospedadas em outros sítios eletrônicos de consulta jurisprudencial, revelando dificuldades que parecem ainda não ter solução definitiva.

Sobre o acesso a informações, atualmente os TRT’s possuem apenas dois tipos de certidões que podem ser emitidas: A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) e a Certidão de Ações Trabalhistas (CEAT).

Segundo consta no portal eletrônico do TST, a CNDT apresenta informações oriundas do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), onde constam pessoas físicas ou jurídicas que sejam inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva. ([BRASIL, 2019d?]). Já CEAT permite que a pessoa solicitante obtenha informações sobre ações ajuizadas em desfavor de pessoa física ou jurídica, ou seja, restringem-se a processos em que a pessoa consultada foi demandada (e não proponente da ação). (Id., 2017b). Além disso, mesmo na forma eletrônica o solicitante, ao protocolar o pedido da certidão, deverá anexar cópia do seu documento de identificação. (Ibid.).

Os mecanismos jurídicos acima mencionados demonstram a clara preocupação da Justiça do Trabalho em evitar qualquer tipo de uso indevido e discriminatório de informações. Segundo Delgado, a jurisprudência pátria vem entendendo que elaboração ou divulgação de “lista negra” de trabalhadores é conduta discriminatória, sendo passível de dano moral individual e/ou coletivo. (DELGADO, 2017).

A doutrina trabalhista inclusive reforça que a exigência de certidões de antecedentes criminais, certidões negativas junto aos órgãos de proteção ao crédito ou controle de candidatos e candidatas que por ventura ajuizaram ações trabalhistas em desfavor de outras organizações. (BRITO FILHO, 2002; MARQUES, 2002; DELGADO, 2017).

Vistos os limites jurídicos impostos ao poder das empresas, passaremos a ver como os livros didáticos que sustentam as práticas de RH por vezes estão em descompasso com a legislação ou a jurisprudência brasileira. Antes, contudo, trataremos de diferenciar as modalidades de discriminação conceituadas pela doutrina trabalhista.

3.2 A discriminação no acesso ao trabalho como forma de violação de direitos

Conforme já mencionado neste estudo, o trabalho é uma necessidade básica em nossa sociedade, afinal de contas será por intermédio deste que outras dimensões da vida humana serão concretizadas. (STURZA; MARQUES, 2017). Em outras palavras, é possível afirmar que eventuais práticas discriminatórias não limitam somente o acesso ao trabalho, mas também a outros direitos sociais.

Nesta mesma linha de pensamento, Lima salienta que haverá discriminação no emprego quando

[...] um ato ou comportamento do empregador, ocorrido, antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho. (LIMA, 2006, p. 314).

Percebe-se que a prática discriminatória descrita por Lima poderá ocorrer antes, durante e após a relação de trabalho. Ademais, destaca que as práticas discriminatórias estão baseadas em motivos irrazoáveis, injustificáveis e que não coadunam com o direito. (Ibid.).

Martins (2012), salienta que poderá haver duas modalidades de discriminação: a discriminação direta e indireta. A primeira delas diz respeito a existência de “regras

ou práticas explícitas que excluem ou tratam alguém de forma menos favorável”. (Ibid., 2012, p. 507). Já a indireta é descrita pelo autor como sendo aquela que detenha regras ou práticas neutras, resultando em tratamento desigual para diferentes pessoas (Ibid.).

Diferente de Martins, Barros vislumbra três modalidades de discriminação: direta, indireta e oculta. Para a autora,

A primeira é conceituada como o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas (raça, sexo, estado civil, idade ou outra característica enumerada na lei), enquanto a discriminação indireta traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeitos diversos sobre determinados grupos. Já a discriminação oculta, prevista no direito francês, se funda em direito proibido mas não confessado. (BARROS, 2016, p. 735).

Para a autora, a discriminação oculta é aquela em que é possível pressupor a intenção de discriminar, enquanto que a discriminação indireta não existe esta intenção. (Ibid.). A autora ainda destaca que, no que tange o acesso ao trabalho, a discriminação indireta seria aquela respaldada em critérios que não tenham a ver com as reais necessidades ao exercício de determinada atividade. (BARROS, 2016).

Resta ainda mencionar que nem toda “discriminação” terá um condão depreciativo. Como foi visto até então, as modalidades de discriminação acima mencionadas estão fundamentadas em discursos irrazoáveis e, portanto, reprováveis ao direito. Contudo, existem aquelas que visam dar tratamento diferenciado a determinados grupos de pessoas aliados socialmente. (Ibid.). Estas podem ser entendidas pela modalidade de discriminação positiva, popularmente nomeada por ações afirmativas.

A noção de ação afirmativa está relacionada ao entendimento de que os fenômenos sociais não são inatos, mas fruto das relações e interações sociais existentes. Por este motivo, existe a necessidade da intervenção do poder político (Estado) na reversão das desigualdades de uma determinada sociedade. (ALVES; GALEÃO-SILVA, 2004).

Neste sentido, para Alves e Galeão-Silva, ação afirmativa deve ser entendida “como um conjunto de políticas específicas para membros de grupos atingidos por

formas de exclusão social que lhes negam um tratamento igualitário no acesso às diversas oportunidades”. (Ibid., p. 22).

Neste mesmo sentido, Barros salienta que estas políticas afirmativas são mecanismos que tem por intuito conceder temporariamente “preferências” a grupos sociais que se encontram em posição de desigualdade frente aos demais. O objetivo destas ações ou políticas afirmativas é corrigir as desigualdades existentes para determinados grupos (em razão da sua raça, gênero, deficiência, entre outras características). (BARROS, 2016). Discutiremos mais sobre o assunto no último capítulo deste trabalho.

Embora nossa intenção não seja elencar as condutas nas diferentes modalidades de discriminação aqui apresentadas, é importante se ter em mente que são muitas as possibilidades do setor de RH incorrer em prática discriminatória. Contudo, como será visto a seguir, as dificuldades para provar a ocorrência de discriminação nos processos de recrutamento e seleção são muitas, inibindo, por vezes, o acesso à justiça do trabalho para reivindicação dos direitos violados.

Ademais, os próprios manuais de administração oferecem técnicas e instrumentos de recrutamento e seleção que se encontram em dissonância a legislação vigente. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). Pensando nisso, as práticas de RH vêm demonstrando que estão respaldadas em referências que por vezes estão fora do controle estatal, ou melhor, fora do direito. A questão é saber se estamos (ou não) diante de uma tentativa de fugir do direito para que possa agir de forma arbitrária. (RODRIGUEZ, 2009). Por este motivo, parece que estamos diante de um embate entre o poder das organizações e o poder estatal. Fica uma questão a serem respondidas: Como dispor de uma regulamentação que leve em conta o direito a autonomia privada, mas que exerça controle frente a práticas discriminatórias?

3.2.1 Conflitos entre os livros didáticos de recursos humanos e a legislação brasileira

Conforme já mencionamos anteriormente, o Brasil não dispõe de legislação específica referente as técnicas e métodos a serem utilizadas no recrutamento e na seleção de pessoas. O que se recomenda, contudo, é que tais ferramentas utilizadas nos processos de recrutamento e seleção não extrapolem as atribuições do cargo em disputa. (SANCHES, 2009).

Não obstante, o que vem sendo percebido na prática é que alguns critérios que vem sendo adotados na admissão (seleção) são potencialmente discriminatórios. Em pesquisa empírica desenvolvida por Antunes, et al. (2017, p. 17), no setor do comércio da cidade de Francisco Beltrão/PR, por exemplo, foi demonstrado que os requisitos mais observados pelas empresas que participaram da pesquisa estavam associados a critérios estéticos (aparência física), doenças crônicas, estado de gravidez, antecedentes criminais e consulta a órgãos de proteção ao crédito (SPC e Serasa). Ademais, esta pesquisa demonstrou que 45,7% dos responsáveis pelo processo de seleção não participam de capacitações e atualizações sobre direitos trabalhistas. (Ibid.).

Embora o estudo tenha aplicado questionários para 139 profissionais de RH do comércio local, é difícil saber quais destas empresas apresentavam um setor próprio para práticas de recrutamento e seleção, por exemplo. Mesmo assim, é possível perceber que práticas discriminatórias nos processos de recrutamento e seleção não são exclusividade das empresas de grande porte e que supostamente tenham um setor de RH.

Segnini realizou uma pesquisa de cunho empírico junto ao Banco Bradesco, no contexto da ditadura, em que analisou os processos de seleção pela instituição bancária. (SEGNINI, 1989). Segundo a autora, uma série de instrumentos compuseram um sistema de poder com intuito de regular os trabalhadores/as. Ademais, salienta que “educação para o trabalho, seleção e treinamento de pessoal, normas e regulamentos internos, vigilância hierárquica vão compor o processo de construção do ‘Homem Bradesco’”. (SEGNINI, 1989, p. 96).

Quanto ao processo de seleção, conforme acentuado pela autora, seriam selecionados os/as candidatos/as que apresentassem as seguintes características: “ser oriundo de família de baixa renda; ter sido formado vivenciando vínculos familiares; ter crença religiosa; não ter trabalhado em outra instituição financeira; ser jovem, de preferência do interior dos estados” (Ibid., p. 99). Um exemplo deste processo de seleção discriminatório, segundo a autora é que “a organização não privilegia o jovem pobre e abandonado que tenha sido formado por instituição como a FEBEM, por exemplo. Este é entendido como um potencial maior de insubordinação” (Ibid., p. 99). Com isto, é possível verificar na pesquisa realizada por Segnini que

algumas condutas discriminatórias apareceram neste processo de seleção justamente para legitimar um modelo autoritário, homogeneizante e controlador.

Segundo este raciocínio, Cappelle e Brito criticarão as novas técnicas de gestão, já que “as políticas que promulgam a participação e autonomia têm os mesmos objetivos que as antigas práticas disciplinares nas organizações, porém, com uma aparência mais sofisticada, lógica e científica em relação à gestão de pessoas”. (CAPPELLE; BRITO, 2003, p. 24). Em outras palavras, os autores diagnosticaram que mesmo com a evolução da gestão dos recursos humanos, os mecanismos disciplinares e de exclusão permanecem vivos, embora aparentem ter sido superados.

Chama a atenção o desenvolvimento de uma pesquisa que apontou que os livros didáticos de administração estão em descompasso com a legislação brasileira, uma vez que dispõem de critérios de seleção invasivos e discriminatórios. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014).

A pesquisa de Flores-Pereira e Eckert, em um primeiro momento, avaliou seis livros didáticos de administração e um de psicologia organizacional. Segundo as autoras, a escolha dos livros didáticos analisados se deu por: critérios quantitativos, ou seja, livros conhecidos no ambiente dos cursos de Administração e que compõe muitas das vezes os planos de ensino dos professores; critérios qualitativos, que levam em conta a nacionalidade dos autores (nacionais e estrangeiros), o setor (um dos livros fala sobre gestão de pessoas no serviço público) e a área de conhecimento (inclusão de um livro da Psicologia). (Ibid.).

Em linhas gerais, as autoras apontam que a utilização de perguntas bastante íntimas e que nada tenham a ver com o cargo ao qual o/a candidato/a está concorrendo podem ser percebidas. Além disso, a literatura da administração aponta que critérios estéticos são levados em consideração, abrindo uma margem bastante tênue à discriminação. Da mesma forma, investigação do/a candidato/a em departamentos de crédito ou fichas criminais também apareceu como conduta possível para obtenção de informações sobre os candidatos e as candidatas. (Ibid.).

O segundo momento da pesquisa de Flores-Pereira e Eckert foi a produção de entrevistas qualitativas com oito pessoas que já tivessem passado por algum processo de recrutamento e seleção. Para as autoras, o que mais chama atenção nas entrevistas é que as condutas das organizações estão “bastante distantes daquilo que recomendam os textos da área jurídica e, inclusive, de alguns livros introdutórios de ARH (MILKOVICH e BOUDREAU, 2006; SPECTOR, 2005)”. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014, p. 89).

Os estadunidenses Milkovich e Boudreau (2006) apresentam uma visão sobre recrutamento e seleção diferenciada. Para eles, tais processos não podem se resumir a qualificação dos candidatos e candidatas, sendo necessário se levar em conta a diversidade do ambiente de trabalho. Isto demonstra uma clara preocupação social e legal dos autores em cumprir as políticas de ações afirmativas. Esta posição, inclusive, contrasta com a de alguns autores até então mencionados no nosso estudo, que priorizam a qualificação do candidato. (CHIAVENATO, 2014, 2015, 2016; DUTRA, 2016).

Próximo a esta linha de raciocínio, Spector (2012), outro autor estadunidense, demonstrará preocupação para o cumprimento da legislação, na medida que é vedado qualquer tipo de discriminação no acesso às oportunidades de emprego.

Sendo assim, a crítica feita pelas Flores-Pereira e Eckert diz respeito aos riscos de se basear, sem qualquer criticidade, na maioria dos livros didáticos da área de recursos humanos, na medida que estes se encontram em descompasso a legislação brasileira. (Ibid.).

Com relação as entrevistas, as autoras demonstram preocupação para como as organizações estão fazendo processos de recrutamento e seleção invasivos e discriminatórios. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). No entanto, chama a atenção, na maioria das entrevistas, a normalização por parte dos entrevistados quando interrogados sobre questões próprias da vida pessoal e que nada tinham a ver com

os cargos que concorriam ou sobre informações relacionadas a vida legal ou até hábitos de saúde.

Do ponto de vista jurídico, resta compreender como será possível provar a prática abusiva nos processos de recrutamento e seleção. Conforme Barros (2016, p. 739), “a discriminação é difícil de ser comprovada porque ela nunca é ostensiva, mas dissimulada, camuflada”. Neste sentido, os candidatos e candidatas que se sentiram discriminados podem ficar desencorajados em propor uma ação cuja chance de êxito parece remota.

A seguir veremos alguns julgados dos tribunais do trabalho sobre ações propostas em razão de supostas práticas discriminatórias e/ou invasivas ocorridas nos processos de recrutamento e seleção.

3.2.2 As dificuldades de provar atitudes discriminatórias durante o processo de seleção e recrutamento.

Como já mencionado acima, não é fácil provar a existência ou não de discriminação nos momentos que antecedem a contratação. (BARROS, 2016; DELGADO, 2017; MARTINS, 2012). Martins, por exemplo, acredita que a chance de a organização admitir alguma prática discriminatória no recrutamento e seleção são remotas. Seja para evitar uma futura ação judicial, seja para se defender da mesma. (MARTINS, 2012).

Ademais, via de regra, o ônus de provar conduta invasiva ou discriminatória compete ao reclamante, ou seja, ao candidato e à candidata a determinada vaga de emprego. (BARROS, 2016). É o que dispõe o art. 818, inciso I da CLT¹¹. (BRASIL,

¹¹ Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

1943); não obstante, a legislação prevê exceções. O §1º do artigo acima mencionado prevê a possibilidade do juízo de inverter o ônus da prova quando se torna impossível ou difícil a produção da mesma para aqueles incumbidos de produzi-la. Neste caso, a decisão deve estar devidamente fundamentada, oportunizando a parte adversa o direito de se desincumbir da produção da prova, contanto que com a devida fundamentação. (Ibid.).

Barros, ao mencionar o ônus da prova da discriminação ao reclamante, salienta que

Dada a dificuldade de se provar o tratamento discriminatório, o que inviabilizaria a efetividade da tutela constitucional, entendemos suficiente que a vítima apresente em juízo circunstâncias fáticas que façam presumir o tratamento desigual, competindo ao empregador comprovar a razoabilidade dos critérios adotados, quando esses não forem transparentes, mostrando que não violou o princípio da igualdade. (BARROS, 2016, p. 739).

Não obstante, conforme denunciou Martins, as chances da empresa fornecer informações que venham a comprometê-la em juízo ou fora dele serão mínimas, quando não inexistentes. (MARTINS, 2012).

Outra situação que parece dificultar o deferimento de ações em que o candidato ou a candidata a vaga de emprego denuncia práticas discriminatórias ou invasivas ocorridas nos processos de recrutamento e seleção é a inexistência de um contrato de trabalho. É direito (e poder) do empregador e do setor de RH escolherem os candidatos e candidatas que venham a trabalhar na organização. Resta saber se esta escolha do empregador e do setor de RH está respaldado em discursos discriminatórios e invasivos, fomentando assim a exclusão da diversidade.

Segundo Martins, “não há norma legal que estabeleça que o empregador é obrigado a esclarecer quais foram os motivos pelos quais deixou de admitir um empregado” (Ibid., p. 516). Seria um equívoco, contudo, o entendimento de que o

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

empregador possa fazer o que lhe bem entende sem que precise justificar suas condutas em razão da falta de regulamentação expressa.

Como vimos ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico conta com disposições que expressamente vedam práticas discriminatórias que venham a inibir o acesso ao mercado de trabalho. Inclusive há situações em que o nosso ordenamento jurídico brasileiro prevê política de cotas, como é o caso da pessoa com deficiência e o jovem aprendiz. (BRASIL, 1943, 1991).

O que vemos em alguns julgados é justamente a dificuldade encontrada pelos reclamantes em provar as condutas discriminatórias no processo de recrutamento e seleção. É o que podemos ver nos julgados a seguir expostos.

FASE PRÉ-CONTRATUAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Na fase pré-contratual, quando é feita a seleção dos candidatos, há apenas a possibilidade de admissão, sem qualquer direito assegurado nesse sentido. A não contratação após participação de processo seletivo não configura ato ilícito indenizável. (BRASIL, 2018).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROMESSA DE CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. Hipótese em que não comprovada a efetiva promessa de contratação do trabalhador, com a geração de expectativa legítima de admissão, nem a conduta discriminatória da empresa na não celebração do contrato. (Id., 2017c).

DISCRIMINAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ART. 333, § ÚNICO, II, DO CPC - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIZAÇÃO DA PROVA VIÁVEL. No Processo do Trabalho, por meio da aplicação subsidiária do artigo 333 do CPC, ordinariamente incumbe ao empregado, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, e a empregadora, quanto à ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do empregado. A tais diretrizes soma-se hodiernamente a teoria da aptidão para a produção da prova. Como decorrência lógica de sua aplicação, surge a possibilidade de inversão do ônus da prova, regra geral, em benefício do empregado, porquanto normalmente é esta a parte que se encontra em situação de desfavorabilidade probatória. Tal circunstância mostra-se especialmente relevante no que toca à prova documental, meio de prova ordinariamente não só produzido, como mantido pelo empregador. Ou, dito de outro modo, a inversão do ônus da prova mostra-se apropriada quando se deparar, no caso concreto, com verdadeira impossibilidade do empregado em sua materialização perante o Juízo. No presente caso, pleiteia a Reclamante a inversão do ônus probatório em relação à discriminação pré-contratual, supostamente perpetuada pela Reclamada. Entretanto, não se trata de prova impossível ou mesmo inviável, podendo a Autora comprovar

tais fatos por meio de prova testemunhal. Não se justifica, portanto, a inversão do ônus probatório, contra o disposto no art. 818 da CLT. Termos em que se nega provimento ao recurso da Autora. Os três julgados acima mencionados guardam algumas semelhanças. (BRASIL, 2010b).

O primeiro deles diz respeito a uma pessoa que já estava em treinamento para o exercício da função que supostamente iria desenvolver. Alega que teria deixado de ser efetivada no momento em que teve que apresentar certidão de antecedentes criminais a qual restou positiva. Na decisão o relator do recurso ordinário alega que a empresa já possuía empregados com antecedentes mais gravosos que os do reclamante, razão pela qual não haveria conduta discriminatória por parte da reclamada.

O segundo caso se refere a uma candidata a vaga de emprego que alega ter sido discriminada pois vive em união estável com pessoa com HIV. Na decisão, o juízo atribui o ônus da prova a reclamante que não conseguiu demonstrar por meio de provas robustas a conduta discriminatória por parte da reclamada.

O terceiro e último julgado versa sobre a não seleção de uma pessoa de maior idade. Neste caso reforça que ônus da prova é da reclamante que não conseguiu provar a alegação de que teria ocorrido discriminação. O juízo ainda destaca que a prova a ser produzida não seria impossível ou difícil razão pela qual a responsabilidade de provar é da reclamante.

Os três casos apontam para três condutas aparentemente reprováveis por parte da empresa. No primeiro julgado, a reclamada exige do candidato ficha de antecedentes criminais, conduta desabonada pela jurisprudência. Neste caso o juízo reconheceu a alegação de que a empresa já teria contratado pessoas com antecedentes mais graves. O segundo caso, aparentemente aponta uma certa invasividade no processo seletivo da reclamante, uma vez que uma das argumentações de suas argumentações salienta que sua não contratação se deu em razão de seu companheiro ter HIV. O terceiro e último caso traz alegações de que a candidata não teria sido selecionada em razão de sua idade. Outro ponto que converge nos julgados acima destacados diz respeito ao ônus da prova. Nos três casos mencionados as decisões referem a necessidade de que a prova deve ser produzida pelo candidato e não pela empresa.

Por óbvio, as decisões acima servem apenas de pequena amostra às dificuldades de se provar uma conduta discriminatória ou supostamente invasiva nos processos de recrutamento e seleção. É possível inferir, com as devidas proporções, que a inversão do ônus da prova, conforme sugere Barros (2016) para os casos de discriminação, são difíceis de ocorrer na prática.

Conforme foi referido ao longo deste trabalho, percebe-se que a doutrina trabalhista pouco discute sobre os processos que antecedem o contrato de trabalho. Existem, contudo, discussões bastante interessantes sobre dispensa arbitrária (tanto na doutrina quanto na jurisprudência) que podem servir de âncora para pensar estratégias a serem seguidas pelos tribunais do trabalho para os casos em que possa haver algum tipo de prática discriminatória e/ou invasiva no pré-contrato.

Um clássico da doutrina trabalhista, Magano (1997, p. 16) conceituará o despedimento arbitrário como sendo a “cessação do contrato individual de trabalho provocada direta ou indiretamente pelo empregador sem razão objetiva”. Para o autor, despedimento sem justa causa e despedimento arbitrário terão significados diversos. Enquanto que a primeira delas será fundada em motivos técnicos e econômicos, a segunda é injustificável e reprovável pela ordem constitucional. (Ibid.).

Em análise ao art. 4º da Convenção 158 da OIT e ao art. 7º, inciso I da CF, o autor menciona que “ambos os textos consagram a idéia (sic) de que a despedida se há de condicionar a uma causa objetiva, ligada à necessidade da empresa ou à conduta do trabalhador”. (Ibid., p. 23). Em outras palavras o autor salienta que toda despedida deve estar devidamente fundamentada e respaldada pelo direito.

Para isso, o autor mencionará que a legislação infraconstitucional brasileira já restringe a despedida sem justa causa, impondo aos empregadores que obedecerem tais restrições, o pagamento de todas verbas rescisórias, dentre elas o pagamento da multa de 40% do FGTS. Contudo, ainda que o art. 7º, inciso I da CF dependa, para a sua regular funcionalidade, de lei complementar, é importante não perder que a distinção entre dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa permanece inalterada; não obstante a indenização compensatória dependa de regulamentação. (MAGANO, 1988).

Na prática, contudo, o que podemos perceber são as mesmas dificuldades em se provar conduta discriminatória por parte do empregador.

Para detentores de estabilidade provisória, ou seja, casos já previstos pela lei, não parece existir maiores problemas quanto a prova da conduta arbitrária. Da mesma forma, casos em que o empregado for despedido em razão de ter HIV ou de algum outro tipo de moléstia grave que suscite estigma ou preconceito presumem-se arbitrários, ou seja, incumbe a reclamada fazer prova em contrário. É o que prevê a súmula 443¹² do TST. (BRASIL, 2012).

Por outro lado, para muitas outras situações, o ônus da prova nos casos de dispensa arbitrária seguirá a regra geral. Isto é, incumbe ao reclamante produzir a prova das alegações de fato. Segue algumas ementas de julgados sobre dispensa arbitrária a serem conferidas.

DANO MORAL. ELEMENTOS. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O deferimento da indenização por dano moral pressupõe a produção de forma firme e indubitosa da prática, pelo empregado, dos atos ensejadores da reparação pretendida e, ainda, que o resultado se revele moralmente danoso ao empregado. Inexistente nos autos prova cabal da existência de crime de racismo e/ou injúria racial sustentado pelo empregado, não há falar em indenização por danos morais. (Id., 2015b).

VEDAÇÃO À DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ÔNUS DE PROVA DA RECLAMANTE - DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA - DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR - Mormente na era do neoconstitucionalismo, o Direito do Trabalho tem por escopo a justiça social, a qual pode ser concretizada por meio da proteção à parte hipossuficiente (empregado). Neste diapasão, em boa hora veio a Lei 9099/29, que em seu artigo 1º dispõe: "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, cor estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal." Todavia, a doença desenvolvida pela autora, qual seja, "depressão pós parto psicótica", não é doença que suscita estigma e não está relacionada ao trabalho, motivo pelo qual se conclui não configurada a dispensa discriminatória. Há necessidade de outras provas, as quais não existiram nos autos para se comprovar o discrimen injustificado. Em que pese o artigo 7º, inciso I, da CRFB/88, arrolar como direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, tal disposição ainda não tem plena aplicação em nosso ordenamento,

¹² Súmula 443 do TST. **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO** - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego (BRASIL, 2012). (grifo do autor).

na medida em que o próprio dispositivo mencionado exige lei complementar para tanto, que não foi editada. Dessa forma, predomina na doutrina e na jurisprudência a tese de que a despedida sem justa causa é direito potestativo do empregador, salvo nas hipóteses de vedação legal para tanto, como os casos de estabilidade provisória da gestante (artigo 10, II, b, do ADCT), do cipeiro (artigo 10, II, a do ADCT), e do dirigente sindical (artigo 8º, VIII, da CRFB, c/c artigo 543, § 3º, da CLT)." (BRASIL, 2015a).

RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A legislação constitucional e infraconstitucional proíbe práticas discriminatórias, inclusive relativas à manutenção da relação de trabalho. Por outro lado, a legislação consolidada estabelece ao empregador o direito potestativo de despedir o seu empregado, já que ele detém os riscos do negócio, excetuadas as hipóteses de restrição a este direito, tais como as estabilidades provisórias e garantias de emprego. Cabia ao reclamante o ônus de comprovar que a sua demissão foi discriminatória, a teor do previsto no art. 818 da CLT, já que a hipótese dos autos não se refere ao previsto na Súmula nº. 443 do C. TST, do qual não se desincumbiu. Recurso não provido. (Id., 2017d).

Estes são alguns casos que demonstram algumas dificuldades dos reclamantes quando alegam condutas discriminatórias em suas dispensas. Mesmo assim, nossa intenção não é defender denúncias vazias de discriminação pois estas também seriam contrárias ao direito, mas tão somente apresentar as dificuldades na produção de provas. Como já mencionado por Barros a discriminação por vezes é dissimulada ou camuflada, razão da qual a sua comprovação se torna dificultada. (BARROS, 2016).

Ao falarmos sobre os processos de recrutamento e seleção desenvolvidos pelo setor de RH das organizações, as discussões existentes no âmbito da dispensa arbitrária oferecem bons argumentos para coibir a tentativa de fugir do controle do direito. A necessidade de justificativa para a não contratação pode ser um bom começo para limitar o poder diretivo das empresas. Não nos referimos ao uso da mera retórica, através de justificativas clichês. Referimo-nos a critérios objetivos (MAGANO, 1997), técnicos e não-discriminatórios que faremos menção a seguir.

3.2.3 Pervertendo o direito por meio das zonas de autarquia.

Conforme visto no capítulo anterior, zonas de autarquia podem ser entendidas como sendo a criação de espaços autárquicos, livres de qualquer influência e

racionalidade do direito, mas que tenham aparência de legalidade. (RODRIGUEZ, 2016c). Em outras palavras, esta modalidade de perversão pode ser compreendida por meio de espaços institucionais nas quais as decisões são tomadas sem qualquer justificção racional.

Ao longo deste capítulo, percebeu-se que os processos de recrutamento e seleção podem ser espaços com potencial para práticas autárquicas. Isto porque é possível inferir que a aparência de boa prática técnica dos setores de RH pode ocultar discursos irracionais e discriminatórios, afinal de contas, os processos de recrutamento e seleção são sustentados por um vasto material produzido tanto pela administração como pela psicologia que conferem caráter científico aos mesmos. (CHIAVENATO, 2015; SPECTOR, 2012).

Mesmo assim, os próprios livros didáticos oferecem instrumentos que se encontram em descompasso com a legislação brasileira. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). Caberia, neste caso, uma modelação de seus conteúdos ao contexto que estes instrumentos seriam aplicados (neste caso ao contexto brasileiro) o que aparentemente não ocorre. (Ibid.).

Ademais, percebe-se um certo silenciamento por parte dos operadores do direito (legisladores, julgadores e doutrinadores) sobre esta matéria. Ao mesmo tempo que descrevem com maestria as possibilidades de discriminação (inclusive aquelas que ocorrem nos processos de recrutamento e seleção), não oferecem remédios jurídicos suficientemente capazes para combater estas patologias, aparentando estarem reféns do arbítrio.

Inegavelmente, a jurisprudência trabalhista, como visto anteriormente, fez um importante enfrentamento a práticas discriminatórias corriqueiras entre as empresas, como é o caso das exigências de certidões negativas de antecedentes criminais, de dividas, de judicialização de ações trabalhistas e de dispensas arbitrárias por doenças graves estigmatizadas. Da mesma forma, a própria legislação dispõe de algumas garantias legais e constitucionais bastante relevantes para o acesso ao trabalho.

Mesmo assim, percebe-se que o poder faz manobras para fugir do controle do direito. (RODRIGUEZ, 2009). Neste caso, entendemos que o setor de RH, por intermédio de seus profissionais e de seus supostos saberes, está entre o direito e a autarquia, ou seja, é capaz de produzir práticas legítimas (direito) ou ilegítimas (autarquia). Por outro lado, vimos anteriormente que o setor de RH ocupa uma função

de *staff*, ou seja, de assessoramento às chefias (CHIAVENATO, 2016), o que nos leva a entender que nem todas as decisões (sejam elas arbitrárias ou não) são exclusivamente propostas pelo setor de RH. Ademais, por vezes há um vínculo de subordinação entre o profissional de RH e o próprio empregador que deve ser levado em conta¹³.

Neste trabalho, a intenção é trazer à tona uma problemática a qual o direito necessita se debruçar, sem a intenção de oferecer generalizações infundadas. Por este motivo, o presente diagnóstico não pretende oferecer acusações às empresas e aos setores de RH. Para todo exemplo negativo, há outro positivo (ao menos supomos). Logo, investigar as práticas de RH tem por objetivo desnaturalizar e desconstruir supostas verdades que não se sustentam quando inquiridas a justificar racionalmente.

Diante disso, este estudo sugere que o setor de RH, da forma como vem estruturando os seus processos de recrutamento e seleção, é uma zona de autarquia em potencial, uma das figuras de perversão do direito. (RODRIGUEZ, 2018a, 2018b). Este entendimento se baseia nos critérios utilizados nos processos de recrutamento e seleção. Afinal, saber se a pessoa tem filhos, se atende a determinado padrão estético ou se ajuizou ação trabalhista, por exemplo, tem a ver com as atribuições do cargo? Por outro lado, a pessoa não sendo selecionada fica sabendo os motivos que levaram a sua não seleção? E os casos de recrutamento (antes da seleção)? Como saber que seu currículo não foi simplesmente deixado de lado?

Junto com a não justificação (ou a falsa justificação), existem as dificuldades para se produzir provas da ocorrência de discriminação no acesso ao trabalho. (BARROS, 2016; DELGADO, 2017; MARTINS, 2012). Ao nosso ver, tal situação além de conferir ao empregador (e ao setor de RH) um poder irrestrito, produz um efeito de dominação nas pessoas na medida que estas acabam tendo que se sujeitar a decisões arbitrárias e que dificilmente serão postas a prova. (RODRIGUEZ, 2017).

Além disso, não são poucos os artigos e matérias jornalísticas que denunciam práticas a determinadas pessoas que não atendam a um determinado padrão socialmente aceito. (ALMEIDA, VASCONCELLOS, 2018; G1, 2015; MADUREIRA, 2013; MADUREIRA, NOVAES, VILHENA, 2015).

¹³ Por delimitação do tema não trabalharemos este assunto.

Não parece razoável atribuir a exclusão de determinadas pessoas no acesso ao mercado de trabalho sob a justificativa de que estas não atendem as reais condições do cargo pretendidos. Seria atribuir a certos indivíduos a responsabilidade pelo problema do desemprego. Neste caso, deixa-se de criticar as estruturas de poder, referindo que as mudanças a serem feitas estão associadas à maneira equivocada de governar a si mesmo. (RAMMINGER; NARDI, 2008).

Por estes motivos, caberá ao direito encontrar mecanismos (remédios jurídicos) que visem limitar o poder diretivo do empregador e do setor de RH. Neste sentido, este trabalho arriscará fazer algumas proposições que podem incitar discussões importantes no campo do direito.

3.3 Proposições para processos de recrutamento e seleção democráticos e inclusivos

Ao longo deste trabalho, foi possível perceber alguns obstáculos encontrados por algumas pessoas para se inserirem no mercado de trabalho. Algumas destas pessoas de grupos historicamente marginalizados. Outras simplesmente por não seguirem um determinado padrão exigido pelas organizações. Ambas, contudo, recebendo, supostamente, tratamento invasivo e por vezes discriminatório, ainda que, por vezes, não percebam. (FLORES-PEREIRA, ECKERT, 2014).

Como foi possível vislumbrar anteriormente, ainda que existam normas legais que limitem o poder diretivo das organizações, o exercício autárquico do poder vem ocorrendo em processos de recrutamento e seleção desenvolvidos pelos setores de RH. Isto ocorre na medida em que tais decisões carecem de justificação razoável, racional e em conformidade com o direito, ainda que aparentem observá-las. (CAPPELLE, BRITO, 2003, FLORES-PEREIRA, ECKERT, 2014; MAGANO, 1997).

O mesmo problema pode ser visto no posicionamento dos tribunais do trabalho ao se depararem com este tipo de demanda. É necessário provar, dizem. Mas como provar aquilo que está oculto? Aquilo que é justificado de uma maneira, mas com intenção outra? Como visto anteriormente, a doutrina trabalhista não oferece respostas capazes de solucionar esse dilema, ou melhor, limitar o poder diretivo do empregador na fase pré-contratual. O que vemos, na verdade, é o reconhecimento de que é muito difícil saber quando o processo de recrutamento e seleção (momento pré-

contratual) é discriminatório ou invasivo. (BARROS, 2016; DELGADO, 2017; MARTINS, 2012).

Não parece razoável conferir ao empregador um direito potestativo, isto é, uma faculdade absoluta, irrestrita e injustificável sobre o contrato de trabalho (MAGANO, 1982). O próprio termo “potestativo” não encontra guarida naquilo que está sendo demonstrado como direito. Isto porque a ausência de justificação fundada no direito confere aos “poderosos” o uso autárquico do poder, que por si só é uma forma de fuga do direito. (RODRIGUEZ, 2016a). Neste sentido, quanto ao poder diretivo, é importante mencionar que já existem limites expressamente expostos pela legislação ao seu exercício. Mesmo assim, este estudo aponta para supostas brechas encontradas pelo poder para fugir do direito. (Id., 2009).

Por estes motivos, é papel da doutrina, dos tribunais, do legislador e dos órgãos de fiscalização conferir efetividade a estes limites ao poder diretivo do empregador. Não basta descrever o que é discriminação e vedar (no plano abstrato) a mesma na admissão de candidatos e candidatas. Da mesma forma, é papel da teoria produzir críticas ao poder e não meramente descrevê-lo. (NEUMANN, 2013). Por este motivo, é preciso encontrar mecanismos que coíbam o uso autárquico do poder diretivo a partir do setor de RH (ou até mesmo propor quando estes não existam).

Sendo assim, a intenção final deste trabalho será desenvolver algumas proposições para que práticas discriminatórias e invasivas nos processos de recrutamento e seleção sejam coibidas pelo poder público de maneira mais incisiva. Além da instituição de ações afirmativas para grupos historicamente discriminados, compreendemos que práticas pontuais de fiscalização, controle e informação podem ser bastante úteis a candidatos e candidatas que por ventura tenham se sentido discriminadas em processos de recrutamento e seleção.

3.3.1 Gestão da diversidade *versus* ações afirmativas

O primeiro remédio jurídico que apresentaremos visa coibir práticas discriminatórias e proporcionar um acesso mais facilitado ao mercado de trabalho: Tratam-se das ações afirmativas.

Conforme já mencionamos anteriormente, o Brasil conta atualmente com duas modalidades de reserva de vagas no emprego. A primeira delas é destinada a pessoas

com deficiência (PCD) ou beneficiários da Previdência Social reabilitados, enquanto que a segunda é destinada ao programa jovem-aprendiz. (BRASIL, 1991, 1943). Ocorre que as ações afirmativas sofrem muitas resistências por parte do senso comum e até mesmo do setor privado por ser um modelo mais intervencionista, que limita a autonomia privada e que faz contraponto à meritocracia.

Neste sentido, Alves e Galeão-Silva (2004), no artigo *A crítica da gestão da diversidade nas organizações*, propõem um debate bastante interessante sobre a gestão da diversidade – modelo nascido nos Estados Unidos de inclusão da diversidade que contrapõem as políticas de ações afirmativas – no contexto brasileiro.

Gestão da diversidade, pode ser conceituada como sendo “a adoção de medidas administrativas que garantam que os atributos pessoais, ou de grupo, sejam considerados recursos para melhorar o desempenho da organização”. (ALVES; GALEÃO, 2004, p. 22, apud THOMAS, 1990). A ideia deste modelo de gestão é justamente resgatar a noção de mérito que privilegia os interesses econômicos principalmente a organização, desvinculando-se assim com qualquer tipo de política pública voltada a inclusão da diversidade.

Pensando que neste modelo a organização assume a responsabilidade de inclusão da diversidade (com um controle muito menor do direito), é fundamental estar atento aos possíveis mecanismos utilizados para fugir do direito. (RODRIGUEZ, 2016c).

Já no que se refere a ação afirmativa, é possível entendê-la como processo que reconhece a desigualdade como fenômeno não natural e em razão disso, políticas específicas são direcionadas a grupos e sujeitos excluídos socialmente e que tem o acesso a oportunidades de maneira desigual. (ALVES; GALEÃO, 2004). Neste modelo inclusivo, há uma coerção sobre as empresas com intuito de mudar os processos de recrutamento e seleção, na medida que impõem reserva de vagas (cotas) a estes sujeitos. (Ibid.).

A crítica dirigida por estes autores ao modelo de gestão da diversidade diz respeito à ausência de problematizações a respeito do contexto da diferença, seu processo histórico e seu lugar social. Este modelo, segundo os autores passa a integrar a ideologia tecnocrática, inibindo assim a discussão política acerca da discriminação e exclusão social. (Ibid.). Como podemos verificar:

O termo gestão abrange todas as operações necessárias para medir e controlar certo objeto – no caso, a diversidade. A redução de um problema social à dimensão técnica elimina o caráter político da questão. Elimina-se a ameaça da ruptura da unidimensionalidade pela ação afirmativa com a aceitação da idéia de diversidade como vantagem competitiva. A diferença neutralizada transforma-se em mercadoria e pode ser gerenciada como um recurso da organização (ALVES; GALEÃO, 2004, p. 27).

Nesta mesma linha de raciocínio, Flores-Pereira e Eckert (2014), dedicam atenção na análise do processo de recrutamento e seleção como uma ação sócio-legal. Segundo a revisão literária feita pelas autoras sobre esta “modalidade” de recrutamento e seleção, observou-se uma clara inclinação a um modelo antidiscriminatório, igualitário e em conformidade a políticas de ações afirmativas. Neste caso, existe um claro afastamento do ideal de candidato/a mais qualificado/a para um modelo mais social nos processos de recrutamento e seleção.

A crítica feita por Alves e Galeão-Silva (2004) a gestão da diversidade está associada ao caráter ideológico deste modelo de gestão. Segundo estes autores, “o determinismo técnico inserido no discurso da gestão da diversidade reproduz a lógica da máxima eficiência econômica presente na ideologia tecnocrática”. (Ibid., p. 28).

Pensando nisso, embora os autores admitam que no Brasil este modelo de inclusão possibilita que algumas pessoas discriminadas tenham acesso ao trabalho e a direitos historicamente que lhes são negados, o modelo de ações afirmativas ainda permite um acesso mais inclusivo ao mercado de trabalho. (Ibid.).

Questiona-se afinal. Por que não promover políticas afirmativas de acesso ao emprego a pessoas negras, homossexuais, transexuais, travestis, indígenas, egressos do cárcere, mulheres, entre outros? Corre-se o risco, evidentemente, de se limitar o acesso ao trabalho somente às vagas reservadas o que por si só também geraria um problema na inserção destas pessoas no mercado de trabalho. Mesmo assim, acredita-se que para determinados grupos sociais em que o acesso ao mercado de trabalho formal é notoriamente baixo, supomos que a promoção de ações afirmativas não teria um efeito negativo.

3.3.2 Fiscalização, controle e informação

Nossa intenção neste tópico é propor alguns mecanismos que visem garantir certa previsibilidade e controle ao poder diretivo das empresas. Como veremos a seguir alguns destes mecanismos partem do próprio papel fiscalizatório dos auditores-fiscais do trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

Atualmente, a Secretaria do Trabalho, órgão acoplado na agenda do Ministério da Economia, conta com alguns mecanismos fiscalizatórios, oriundos da época em que a agenda do trabalho e do emprego tinha status de Ministério, que visam garantir a proteção ao trabalho. Um destes serviços é o de inspeção do trabalho (SIT). ([BRASIL, 2019c?]). Embora não tenha mais o status de secretaria, a SIT tem por objetivo “formular e propor as diretrizes da Inspeção do Trabalho brasileira, além de promover a integração com outros órgãos governamentais para a formulação de programas de proteção ao trabalho”. (Ibid.). Por intermédio dos auditores-fiscais é que a fiscalização das relações de trabalho será desenvolvida.

A SIT desenvolve diversos projetos que promovem melhores condições ao trabalho. Dentre os projetos promovidos, podemos citar a inclusão da pessoa com deficiência e do aprendiz no mercado de trabalho¹⁴. ([BRASIL, 2019a?, 2019b?]). Neste caso, o papel do auditor-fiscal será de fiscalizar o cumprimento da lei pelas empresas, em especial o art. 93 da Lei. 8.213/91 e o art. 429 da CLT, respectivamente, que versam sobre a reserva de vagas para essas pessoas.

Pensando nisso, poderia este órgão desenvolver programas de fiscalização de processos de recrutamento e seleção em empresas com maior número de funcionários, fazendo-se cumprir a lei nº 9.029/95 – que veda qualquer tipo de discriminação no acesso ao emprego. (BRASIL, 1995). Apesar de reconhecer que o desenvolvimento de um projeto voltado a fiscalização no acesso ao emprego possa demandar muito mais do que já é feito nos casos de inclusão de pessoas com deficiência e jovem aprendiz (que dispõem de reservas de vagas), acreditamos que seria possível produzir um trabalho voltado ao cumprimento da legislação. Neste caso, poderiam ser desenvolvidas “auditorias” com empresas que tenham maior número de

¹⁴ Relembramos que tanto um quanto o outro dispõe de reservas de vaga no emprego. (Id., 1943, 1991).

funcionários para compreender como vem sendo desenvolvidos os processos de recrutamento e seleção pelo setor de RH.

Para isso, seria imprescindível que a Secretaria do Trabalho pudesse exigir destas empresas que os processos de recrutamento e seleção desenvolvidos pelo setor de RH (ou de prestadores de serviço de RH) fossem documentados, justamente para averiguar as justificativas dadas à seleção (ou não) do candidato. Neste caso, por intermédio de lei, poderia ser obrigatório para empresas com maior número de funcionários o registro e a documentação dos processos de recrutamento e seleção. Ademais, estariam obrigadas as empresas a fazer a guarda destes processos por um prazo determinado que seria contado a partir do encerramento da seleção.

Outra situação que pode ser interessante para as demandas judicializadas que versam sobre a matéria é a possibilidade de produção de provas periciais e testemunhais. Nos julgados que foram vistos ao longo deste estudo, percebemos que os juízos vêm aceitando a produção de outros meios de prova que não estão restritos a documentação. Nestes casos, entende-se que a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) pode contribuir com os trabalhos do juízo da causa. Ademais, a proposição de ações civis públicas também pode ser um forte instrumento jurídico que o MPT dispõe a seu favor para garantir o cumprimento das normas trabalhistas.

Como vimos anteriormente, o ônus de provar conduta invasiva ou discriminatória, via de regra, compete ao reclamante, ou seja, ao candidato e à candidata a determinada vaga de emprego. (BARROS, 2016). Pensando nisso, um mecanismo que poderia conter eventual arbítrio das decisões do RH ou o excesso de indeterminação dos processos de recrutamento e seleção seria a entrega de uma resposta documentada ao candidato ou candidata.

Este documento poderia conter informações sobre os critérios utilizados para a seleção (ou não) do candidato, desde a documentação exigida no processo de seleção até os instrumentos utilizados. Com isso, o candidato sairia com uma justificativa documentada com os motivos que levaram a sua não escolha. Eventuais justificativas generalistas (clichês) e que não demonstrem, ao menos minimamente, as razões para a não seleção poderiam servir de alegação para inversão do ônus da prova em processo judicial, incumbindo a reclamada prova em contrário. Obviamente a intenção não é onerar excessivamente o setor de RH. Entendemos que o

documento/carta a ser entregue possa resumir as informações sobre o processo de seleção sem, contudo, ocultar situações que possam caracterizar a discriminação.

É preciso reconhecer que tais situações não se demonstram de simples aplicabilidade. Como vimos no início deste trabalho, o poder privado passará a regular condutas, estilos e modos de viver. (SANTANA, 2009). Além disso, o seu poder de influência é por vezes maior do que o dos estados. Por este motivo não seria difícil fugir ou perverter o direito, na medida em que existem muitas dificuldades em se provar o uso autárquico do poder, conforme visto ao longo do trabalho. (RODRIGUEZ, 2017).

Por outro lado, temos a autonomia privada enquanto direito conferido ao poder privado. O controle demasiado por parte do Estado sem a devida justificação também é arbitrário. (Id., 2009). O Estado não consegue (e nem poderia) controlar tudo. Por este motivo, contratar bem faz parte do sucesso de um negócio, além de evita problemas futuros. (FERREIRA, 2016). De nada adianta contratar alguém que sequer compartilhe dos interesses da organização. (Ibid.).

Ademais, como já foi mencionado, existem tendências emancipatórias oriundas do poder privado, que visam, inclusive, por em cheque instituições que não atendam mais aos interesses sociais. (RODRIGUEZ, 2009). Neste sentido, seria impensável condenar a prática empresarial privada, afinal de contas será por meio das empresas que a empregabilidade das pessoas e o acesso ao mercado de trabalho, por vezes, ocorrerá. Resta saber, contudo, quando este poder passa a ser exercido de maneira autárquica, escondendo-se do crivo social e jurídico. (Ibid.). A imposição de limites ao poder faz com seu exercício deixe de ser mera dominação.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu trazer ao debate jurídico algo aparentemente pouco discutido pela doutrina trabalhista. Verificou-se que ao se falar sobre o momento que antecede o contrato de trabalho, a doutrina se limita a descreve-lo, não propondo soluções para combater a discriminação existente no pré-contrato. O incomodo com esta lacuna deixada pela literatura, fez com que este trabalho passasse a investigar as práticas e técnicas de recrutamento e seleção desenvolvidas pelo setor de RH.

Como foi visto ao longo deste trabalho, determinados pessoas e grupos encontram mais dificuldades em se inserirem no mercado de trabalho. Contudo, não nos parece que esta situação tenha a ver com as reais condições/competências destes candidatos ou candidatas a vaga de emprego. Na verdade, percebeu-se que estes processos podem estar respaldados em práticas invasivas e/ou discriminatórias, em clara tentativa de perverter o direito (conferindo aparência jurídica) por meio da construção de espaços autárquicos (zonas de autarquia).

Antes contudo, este estudo fez um breve apanhado histórico sobre o surgimento do setor de RH. Verificou-se que este setor surge em meados da década de 30, sendo que suas atribuições consistiam em basicamente admitir e demitir funcionários/as, ou seja, fazer a gestão financeira da empresa (organização). Gradativamente passou a ganhar novas atribuições, especialmente aquelas que dizem respeito a mediação e o apaziguamento das relações já conturbadas entre as organizações e os trabalhadores e trabalhadoras.

Imprescindível salientar a importância que tanto a Psicologia como a Administração tiveram no processo de humanização da relação entre organização e empregados. Este processo de humanização passou a agregar outros valores que não somente a maximização dos lucros. Neste sentido, são realizadas intervenções que melhoram a qualidade de vida e de trabalho dos colaboradores. (VERGARA, BRANCO, 2001). Por outro lado, tais saberes foram produzindo novas tecnologias que atendessem aos interesses empresarias, ou seja, maior produtividade, qualidade, competitividade e controle dos trabalhadores e trabalhadoras. Surgem então instrumentos mais sofisticados e precisos à construção de processos de recrutamento e seletivos. (LIMONGI-FRANÇA; ARELLANO, 2002).

Apesar disso, o que se vê, na verdade, é que estes instrumentos e técnicas podem estar sendo utilizados de modo a desenvolver processos invasivos e/ou discriminatórios com aparência de legalidade e boa técnica. Mas afinal: como será possível provar a existência de discriminação (de qualquer ordem) nos processos de recrutamento e seleção?

Ao longo deste trabalho foi visto que o Brasil conta com dispositivos constitucionais e legais que versam sobre a não discriminação no acesso ao emprego. Ademais a própria jurisprudência trabalhista foi construindo uma série de mecanismos que impõem condutas a serem observadas pelos empregadores nos processos de recrutamento e seleção. Nem mesmo isso vem impedindo que certas decisões dos empregadores, por intermédio do setor de RH, venham a ser arbitrárias (autárquicas).

Como se pôde observar, fez-se necessário diferenciar o uso do poder da mera dominação. O poder, por si só, não pode ser visto como algo negativo. Por este motivo, para que não venha a ser compreendido como autárquico, arbitrário, ou antidemocrático, deve o poder, seja ele estatal ou não, fundamentar suas ações para legitimá-las naquilo que pode ser compreendido como a essência do estado de direito. (RODRIGUEZ. 2016a). Em outras palavras, o exercício proposto por este estudo foi diferenciar o exercício legítimo do poder da mera dominação. (Id. 2017). Neste caso, as decisões postas em análise foram aquelas oriundas das chefias e do setor de RH. Obviamente, um estudo empírico oferecerá conclusões mais precisas, contudo este estudo pôde trazer ao debate jurídico importantes contribuições.

As dificuldades para se provar eventuais praticas discriminatórias ocorridas nos processos de recrutamento e seleção (em especial na seleção) evidenciam as fragilidades encontradas por determinados candidatos e candidatas, que vêm tanto as portas do mercado de trabalho fechadas como o direito a eventuais indenizações em razão da discriminação sofrida. A própria doutrina trabalhista reconhece as enormes dificuldades para se provar eventuais praticas contrárias ao direito como esta. (BARROS, 2016; MARTINS, 2012).

Além disso, os próprios livros didáticos que versam sobre os processos de recrutamento e seleção se encontram em descompasso a legislação brasileira, conforme pesquisa referenciada neste trabalho. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). Obviamente, alguns destes materiais demonstrarão maior preocupação com práticas de responsabilidade social das empresas, superando uma visão que privilegia

exclusivamente a qualificação do candidato. (MILKOVICH, BOUDREAU, 2006; SPECTOR, 2012). Contudo, outros materiais didáticos da área de recursos humanos, muito utilizados nos cursos de administração e que compõem os planos de ensino de professores, sugerem: perguntas íntimas que nada tenham a ver com o cargo a ser ocupado; que critérios estéticos são levados em consideração; que a exigência de certidões negativas de crédito ou antecedentes criminais pode ser utilizadas como meio de obtenção de informações sobre o candidato. (FLORES-PEREIRA; ECKERT, 2014). Estas situações se encontram em clara dissonância com a jurisprudência trabalhista e com o ordenamento jurídico pátrio.

Sendo assim, este estudo sugeriu formas de se controlar o uso arbitrário do poder diretivo, de modo a oferecer processos de recrutamento e seleção inclusivos e antidiscriminatórios. Como foi visto, a ausência de justificação permite com que os “poderosos” se utilizem do direito de maneira perversa, isto é, com aparência de legitimidade. Contudo, o que na verdade ocorre é a construção de decisões autárquicas que acabam por prejudicar determinadas pessoas e grupos. (RODRIGUEZ, 2018a.).

Pensando nisso, a promoção de ações afirmativas que visem garantir o acesso ao emprego a determinadas pessoas e grupos podem ser um importante passo na busca de equidade e inclusão. As experiências obtidas por meio das políticas afirmativas de pessoas com deficiência vem se mostrando relativamente exitosas, ainda que continue esbarrando no preconceito. (BOND; RODRIGUES, 2017). Contudo, outros mecanismos podem ser utilizados para evitar decisões autárquicas.

Como observado a pouco, o órgão de inspeção do trabalho (SIT) desenvolve inúmeros projetos que promovem melhores condições ao trabalho. Dentre eles, pode-se mencionar a inclusão da pessoa com deficiência e do aprendiz no mercado de trabalho. Pensando nisso, poderia este órgão desenvolver programas de fiscalização de processos de recrutamento e seleção em empresas com maior número de funcionários, fazendo-se cumprir a lei nº 9.029/95.

Outra situação que pode ser mencionada é a proposição de ações civis públicas por parte do Ministério Público do Trabalho justamente como instrumento de denúncia de práticas arbitrárias que possam vir a ocorrer no processo de recrutamento e seleção. Ademais, pode ser interessante para as demandas judicializadas que versam sobre a matéria a possibilidade de produção de provas periciais e

testemunhais. Nos julgados que foram vistos ao longo deste estudo, percebeu-se que os juízos vêm aceitando a produção de outros meios de prova que não estão restritos a documentação.

Outro mecanismo que poderia conter eventual arbítrio das decisões do RH ou o excesso de indeterminação dos processos de recrutamento e seleção seria a entrega de uma resposta documentada ao candidato ou candidata. As informações contidas nesse documento versariam sobre os critérios utilizados para a seleção (ou não) do candidato e os instrumentos utilizados. Com isso, o candidato sairia com uma justificativa documentada com os motivos que levaram a sua não escolha. Eventuais justificativas generalistas e que não demonstrem, ao menos minimamente, as razões para a não seleção poderiam ser vistas como prova a favor do candidato em caso de ajuizamento de ação.

É preciso reconhecer que tais situações não se demonstram de simples aplicabilidade. Contudo, a intenção deste estudo é fomentar um debate aparentemente pouco trabalhado no direito. Isto significa que a temática abre campo para outras discussões, sejam elas relacionadas diretamente ao direito ou não. Entretanto, entende-se que é papel do direito pôr em questão as tentativas do poder (seja ele qual for) de utilizá-lo enquanto mera dominação, retirando o seu caráter emancipatório, “aberto a inclusão de novas demandas que apontam para a realização da liberdade”. (RODRIGUEZ, 2009, p. 127).

REFERÊNCIAS

- 1 em cada 5 empresas não contrataria homossexuais, diz estudo. *In: G1*. [São Paulo] 13 maio 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/05/1-em-cada-5-empresas-nao-contrataria-homossexuais-diz-estudo.html>> Acesso em: 01 abr. 2019.
- ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 303-333, ago. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200303&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01 abr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201814>.
- ALVES, Mario Aquino; GALEÃO-SILVA, Luis Guilherme. A crítica da gestão da diversidade nas organizações. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 20-29, set. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902004000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 maio 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902004000300003>.
- ANTUNES, Paula Regina et al. Gestão organizacional: Discriminação nos processos de seleção de emprego. **Revista Espacios.**, Caracas, v. 38, nº 22, p. 11-19. 2017. Disponível em: <<https://www.revistaespacios.com/a17v38n22/a17v38n21p11.pdf>> Acesso em: 31 maio 2018.
- ARGIMON, Irani Iracema de Lima; BOAZ, Cristiane; DA ROSA, Helena de La Rosa; DALDON, Karen Agostini; WENDT, Guilherme Welter. O profissional da psicologia nas organizações: A significação dos valores empresariais no trabalho da psicologia. **Rev. Ciências Humanas.**, Frederico Westphalen, v. 8, n. 11, p. 107-126, dez. 2007. Disponível em: <<http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/article/view/363/659>> Acesso em: 28 abr. 2019.
- BACELLAR, Margareth de Freitas. **O direito do trabalho na era virtual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e Branquitude no Brasil In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). **Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 25-58.
- BICHUETTI, José Luiz. Gestão de Pessoas não é com o RH! **Harvard Business Review Brasil**. Disponível em: <<https://hbrbr.uol.com.br/gestao-de-pessoas-nao-e-com-o-rh/>> Acesso em: 04 abr. 2019

BOBBIO, Norberto; MATTEUCHI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>> Acesso em 12 abr. 2019.

BOND, Letycia; RODRIGUES, Alex. Inclusão de pessoas com deficiência ainda esbarra no preconceito, diz ativista. **Portal EBC**. Brasília. 21 set. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-09/inclusao-de-pessoa-com-deficiencia-ainda-esbarra-no-preconceito-diz>> Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências, Brasília, DF, dez. 1968a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm> Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Comissão nº 0004591-49.2011.2.00.0000**. Requerente: Tribunal Superior do Trabalho. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Gilberto Martins. Brasília, DF, 8 de novembro de 2011a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=40911&indiceListaJurisprudencia=17&tipoPesquisa=BANCO>> Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 121 de 5 de outubro de 2010**. Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências. Brasília, DF, out. 2010a Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2585>> Acesso em 10 maio de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 143 de 30 de novembro de 2011**. Altera a redação do art. 4º, § 1º, da Resolução CNJ no 121, de 5 de outubro de 2010. Brasília, DF, dez. 2011b Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=91>> Acesso em 10 maio de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, Brasília, DF, jan. 1968b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d62150.htm> Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, DF, maio 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm> Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 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/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 06 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. **Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Brasília, [2019a?]. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/inclusao-da-pessoa-com-deficiencia?view=default>> Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. **Inserção do Aprendiz**. Brasília, [2019b?]. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/insercão-do-aprendiz?view=default>> Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. Inspeção do Trabalho. **Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT**. Brasília, [2019c?]. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/secretaria-de-inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho e emprego. **Programa de disseminação das estatísticas do Trabalho. RAIS – 2017a**. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>> Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Certidões de Ações Trabalhistas**. Porto Alegre, RS, 2017b. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/certidoes-trabalhistas>> Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Recurso Ordinário nº 0021611-72.2016.5.04.0402**. Recorrente: Altair da Silva dos Santos. Recorrente: Sirtec Sistemas eletrônicos Ltda. Relatora: Desembargadora Rejane Souza Pedra. Porto Alegre, RS, 27 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/MiGtSM29GqGC6YKX_0_mvQ?> Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Recurso Ordinário nº 0020737-30.2015.5.04.0303**. Recorrente: Luiz Fabricio Crescencio Trindade. Recorrido: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator: Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Porto Alegre, RS, 11 de outubro de 2017c. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/3TOfkjWDBivIGs7uyI-h1Q?>> Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (6. Região). **Recurso Ordinário nº 0002039-37.2015.5.06.0103**. Recorrente: Fernando Menezes do Nascimento. Recorrida: Cidade Alta Transportes e Turismo Ltda. Relator: Desembargador Ruy

Salathiel de A. M. Ventura. Recife, PE, 14 de agosto de 2017d. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=6167215&tipoProcesso=eletronico>> Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). **Recurso Ordinário nº 08133-2009-863-09-00-0**. Recorrente: Jandira Dias Coelho. Recorridos: M M Limpeza Urbana e Município de Londrina. Relatora: Desembargadora Sueli Gil El-Rafih. Curitiba, PR, 25 de junho de 2010b. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/exibirJurisprudencia.xhtml>> Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). **Recurso Ordinário nº 13364-2014-088-09-00-3**. Recorrente: Patrícia Silva Pinto. Recorrido: Serdia Eletronica Industrial Ltda. Relator: Desembargador Célio Horst Waldraff. Curitiba, PR, 10 de junho de 2015a. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/exibirJurisprudencia.xhtml>> Acesso em: 14 maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (12. Região). **Recurso Ordinário nº 07392-2013-039-12-00-4**. Recorrente: Lourenço de Oliveira, Brasil Sul Serviços de Segurança Ltda., Universidade Regional de Blumenau – FURB. Recorrido: Universidade Regional de Blumenau – FURB e Lourenço de Oliveira. Relator: Desembargador Jorge Luiz Volpato. Florianópolis, SC, 27 de janeiro de 2015b. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-12/attachments/TRT-12_RO_00073925920135120039_332a8.pdf?Signature=viX4P32GTIzzVbCnv33hMkb1pfs%3D&Expires=1557874979&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=88d9a1c09d00d70ccced0096634a6b74> Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº 243000-58.2013.5.13.0023**. Recorrente: Severino Alexandre da Silva. Recorrido: Alpargatas S.A. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF, 20 de abril de 2017e. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=241821&anoInt=2014>>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **O que é CNDT**. Brasília, DF, [2019d?]. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/o-que-e-cnndt>> Acesso em 09 maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 3990200-19.2008.5.09.0002**. Recorrente: Ministério Público do Trabalho e Banco HSBC Bank Brasil S.A. Recorrido: Ministério Público do Trabalho e Banco HSBC Bank Brasil S.A. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=3990200&digitoTst=19&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0002&submit=Consultar>> Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 443**. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Brasília, DF, set. 2012 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html> Acesso em: 05 maio 2019.

BRECHT, Bertolt. **Poemas 1913-1956**. 7. Ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. Michel Foucault: uma análise do poder. **Revista Direito Economia Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 56-75, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direitoeconomico-12702.pdf>> Acesso em 29 maio 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

BUSSULAR, Camilla Zanon; SCHEFFER, Angela Beatriz Busato; SAWITZKI, Roberta Cristina. Afinal, o nome da área é Recursos Humanos, Gestão de Pessoas ou o quê? Um estudo com empresas que atuam no segmento de saúde sobre os impactos da mudança de papéis da área na identidade do grupo. **XXXVII EnANPAD 2013**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_GPR2488.pdf> Acesso em: 04 abr. 2019.

CALDAS, Miguel Pinto; TONELLI, Maria José; LACOMBE, Beatriz. **Desenvolvimento Histórico do RH no Brasil e no Mundo**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382562/mod_resource/content/0/Desenvolvimento%20hist%C3%B3rico%20do%20RH%20no%20Brasil%20e%20no%20Mundo.pdf> Acesso em: 09 abr. 2019.

CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves; DE BRITO, Mozar José. Poder disciplinar e gestão de pessoas: um estudo empírico em uma organização de desenvolvimento de software. **Organ. Soc.**, Salvador, v. 10, n. 26, p. 19-37, Apr. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-92302003000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 jun. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1984-92302003000100002>.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração de recursos humanos: fundamentos básicos**. 8. ed. Barueri: Manole, 2016.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução a Teoria Geral da Administração**. 9. ed. Rio de Janeiro: Manole, 2014.

CHIAVENATO, Idalberto. **Planejamento, recrutamento e seleção de pessoal. Como agregar talentos à empresa**. 7ª Ed. Barueri: Manole, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Ltr, 2017.

DUTRA, Joel Souza. **Gestão de pessoas: modelos, processos, tendências e perspectivas**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, 400 p.

FERREIRA, Roberto Martins. **Sociedade e empresa: sociologia aplicada à administração**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico.

FIGUEIREDO, Luís Claudio Mendonça; SANTI, Luiz Ribeiro. **Psicologia uma (nova) introdução: uma visão histórica da psicologia como ciência**. 3ª Ed. São Paulo: EDUC, 2008.

FILHO, Kleber Prado. Para uma arqueologia da Psicologia (ou: para pensar uma psicologia em outras bases). In: GUARESCHI, Neusa; HÜNING, Simone (Org.). **Foucault e a Psicologia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, p. 81-102.

FISCHER, André Luis. Um resgate conceitual e histórico dos modelos de gestão de pessoas. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). **As pessoas na organização**. São Paulo: Editora Gente, 2002, p. 11-34.

FLORES-PEREIRA, Maria Tereza; ECKERT, Daniele. Recrutamento e seleção de pessoas: Uma análise de questões de privacidade e discriminação dos candidatos.; In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira; FERRAZ, Deise Luiza da Silva (Org.). **Gestão de Pessoas: Armadilhas da Organização do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 69-95.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004.

GALIA, Rodrigo Wasem; RAMOS, Luis Leandro Gomes. Limites do Poder Diretivo do Empregador. **Empório do Direito**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/limites-do-poder-diretivo-do-empregador>> Acesso em: 12 de abr. 2019.

GOODWIN, C. James. **História da psicologia moderna**. Editora Cultrix, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo. Sobre a crítica da razão funcionalista**. Editora WMP Martins Fontes, 2012.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LEMKE, Thomas. The birth of bio-politics: Michel Foucault's lecture at the Collège de France on neo-liberal governmentality. **Econ. Soc.**, v.30, n.2, p.190-207, 2001.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina; ARELLANO, Eliete Bernal. Os processos de recrutamento e seleção. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). **As pessoas na organização**. São Paulo: Editora Gente, 2002, p. 63-71.

MACHADO, Clara Cardoso. Juridificação da política no Brasil: uma necessária racionalização do fenômeno. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v. 10, n. 18, p. 99-111, 2010.

MADUREIRA, Bruna de Sousa. **Vagas para moças de fina estampa: padrões estéticos e seleção no comércio da moda carioca**. Dissertação de mestrado. Departamento de Psicologia. Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. 2013. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29076/29076.PDF>> Acesso em: 01 abr. 2019.

MADUREIRA, Bruna de Sousa; VILHENA NOVAES, Joana de; VILHENA, Junia de. As Barbies do Varejo: Um estudo sobre os padrões estéticos do processo de seleção do comércio da moda carioca. **POLÊMICA**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 29 à 46, abr. 2015. ISSN 1676-0727. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/16007/12057>>. Acesso em: 01 abr. 2019. doi:<https://doi.org/10.12957/polemica.2015.16007>.

MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. São Paulo: Saraiva, 1982.

MAGANO, Octávio Bueno. **Política do trabalho**. v. 3. São Paulo: LTr, 1997.

MAGANO, Octávio Bueno. Proteção da relação empregatícia. **Revista LTr**, v. 52, n. 11, p. 311, nov. 1988.

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Boitempo Editora, 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Capital**. São Paulo: Boitempo Editora, 2018.

METADE dos Profissionais se sentiu prejudicada em processos seletivos, aponta pesquisa. *In*: G1. [S. l.] 19 ago. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/metade-dos-profissionais-se-sentiu-prejudicada-em-processos-seletivos-aponta-pesquisa.ghtml>> Acesso em: 01 abr. 2019.

NEUMANN, F.; PROL, F. O conceito de liberdade política. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, n. 22, p. 107-154, 15 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/74766>> Acesso em: 11 de abril de 2019.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 109, p. 13-88, 2014. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v109p13>> Acesso em 21 jun. 2018. <https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2014v109p13>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 158 de 23 de novembro de 1985**. Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm> Acesso em: 09 maio 2019.

PAULO NETO, Alberto. A relação entre direito e moral em Habermas: a análise preliminar a "Faktizität und Geltung". **Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)**, v. 23, n. 42, p. 209-246, 16 dez. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/10265>> Acesso em: 13 abr. 2019.

RAMMINGER, Tatiana; NARDI, Henrique Caetano. Subjetividade e trabalho: algumas contribuições conceituais de Michel Foucault. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 12, n. 25, p. 339-346, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832008000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 maio 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-32832008000200009>.

REIS, Junio Barreto dos; COSTA, Ilton Garcia da. Direito ao trabalho como fator de inclusão social: Proibição da despedida arbitrária e discriminatória. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 4, n. 41, p. 321 - 339, jan. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1460>>. Acesso em: 02 maio 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Prolegómenos**, Bogotá, v. 19, n. 37, p. 99-124, jan. 2016a. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2016000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 jun. 2018. <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Democracia contra as patologias da liberdade: poder e dominação em Franz L. Neumann. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, v. 22, n. 1, p. 115-138, 30 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/125289>> Acesso em: 12 abr. 2019. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v22i1p115-138>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do Direito: Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Luta por Direitos, Rebeliões e Democracia no Século XXI: Algumas tarefas para a pesquisa em Direito. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 609-635, 18 ago. 2016b. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119325>> Acesso em 29 maio 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 261-294, dez. 2016c. ISSN 2179-

8966. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185>>. Acesso em 05 jun. 2018. <https://doi.org/10.12957/dep.2016.22185>.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversion of Law: Six Cases. **KritV Kritische Vierteljahresschrift Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft**, 101(2), 127-149, 2018a. Disponível em: <<https://doi.org/10.5771/2193-7869-2018-2-127>> Acesso em: 10 maio 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa. In: Lênio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ed. São Leopoldo: Karywa, 2018b, v. 1, p. 100-126.

SANCHES, Vanessa Karam de Chueiri. **Discriminação por orientação sexual no trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SANTANA, Agatha Gonçalves. **A tutela dos direitos fundamentais como limite ao poder privado**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/6750/1/Dissertacao_TutelaDireitosFundamentais.pdf> Acesso em: 20 abr. 2019.

SCARPARO, Helena Beatriz Kochenborger; TORRES, Samantha; ECKER, Daniel Dall'Igna. Psicologia e ditadura civil-militar: reflexões sobre práticas psicológicas frente às violências de estado. **Rev. Epos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 57-78, jun. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2014000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 abr. 2018.

SEGNINI, Liliana Rolfsen Petrilli. Sobre a identidade do poder nas relações de trabalho. In: FLEURY, Maria Tereza Leme (Org.). **Cultura e Poder nas organizações**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 89-112

SOVIENSKI, Fernanda; STIGAR, Robson. **Recursos Humanos X Gestão de Pessoas**. Gestão: Revista Científica de Administração e Sistemas de Informação. Curitiba, v. 10, n. 10, jan./jun. 2008, p. 51-61.

SPECTOR. Paul E. **Psicologia nas Organizações**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

STURZA, Janaína Machado; MARQUES, Aline Damian. A Importância do Trabalho para a Consolidação da Dignidade do Homem: Apontamentos sob a Perspectiva dos Direitos Sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, 2017. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%205.pdf>> Acesso em 08 jun. 2018.

TONELLI, M. J.; LACOMBE, B. M. B.; CALDAS, M. P. Desenvolvimento Histórico do RH no Brasil e no Mundo. In: BOOG, Gustavo; BOOG, Magdalena (org.). **Manual de**

Gestão de Pessoas e Equipes: estratégias e tendências. São Paulo: Gente, 2002.

VERGARA, Sylvia Constant; BRANCO, Paulo Durval. Empresa humanizada: a organização necessária e possível. **Rev. adm. empres.**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 20-30, jun. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902001000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 apr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902001000200003>.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

WEBER, Max. **Economía y sociedade.** México: Fondo de Cultura Económica, 1992.