

**FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE
HÉBER MAGALHÃES DE OLIVEIRA**

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO
AMBIENTE JUSLABORAL**

**João Monlevade
2017**

**HÉBER MAGALHÃES DE OLIVEIRA
FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE**

**DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO
AMBIENTE JUSLABORAL**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de João Monlevade,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito .**

**Área de Concentração: Direito do
Trabalho**

**Profª Orientadora: D.Sc Ariete Pontes
de Oliveira**

**João Monlevade
2017**



FACULDADE DOCTUM DE JOÃO MONLEVADE

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO AMBIENTE JUSLABORAL, elaborado pelo aluno HÉBER MAGALHÃES DE OLIVEIRA foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdades Doctum de João Monlevade, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

João Monlevade, ___ de _____ 2017

D.Sc Ariete Pontes de Oliveira

Prof. Orientador

Prof. MSC Ítalo Moreira Reis

Prof. Examinador 1

Profa. MSC Renata Martins de Souza

Prof. Examinador 2

Dedico este trabalho aos meus pais, minhas irmãs e à minha futura esposa, que sempre estiveram presentes em todos os momentos importantes da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e depois aos meus pais pela compreensão e carinho nas horas mais difíceis e pelos abraços sempre acolhedores nas dificuldades enfrentadas ao longo da jornada acadêmica. Amo vocês.

Às minhas irmãs, “Bia” e “Cínthya”, amigas e companheiras que sempre me deram pelas palavras de conforto e carinho.

À minha namorada Jéssica, que mesmo distante, soube ser paciente e compreensiva, dando apoio e carinho quando precisei. Obrigado.

Agradecimento especial à minha orientadora, Ariete Pontes de Oliveira, que de maneira muito prestativa conduziu este trabalho. Obrigado pelas palavras de otimismo e pela confiança.

Aos professores do Curso de Direito da Rede Doctum, responsáveis pela minha formação acadêmica. Obrigado a cada um de vocês.

Agradeço aos meus colegas e amigos que fiz durante o curso e que sempre se fizeram presentes nessa árdua jornada.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para concretização deste trabalho.

“Se um homem não sabe a que porto se dirige, nenhum vento lhe será favorável. “
(SÊNECA)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CR/88	Constituição da República de 1988
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

O objetivo deste estudo é promover uma reflexão acerca da (im)possibilidade da exigência da certidão de antecedentes criminais no âmbito juslaboral e as eventuais consequências decorrentes da exigência, sendo ela amparada por lei ou realizada de forma irrestrita. Como forma de alicerce para o estudo, foi feita uma análise conceitual de princípios, dispositivos de leis e jurisprudências a fim de melhor elucidar a divergência encontrada na doutrina e nos julgamentos dos tribunais. Destarte, o caminho percorrido para constatar a validade da exigência de antecedentes criminais, não pode ser outro, senão analisar os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, em face da aplicação da legislação vigente, bem como realizar um estudo acerca das repercussões pertinentes à referida exigência na vida de um ex condenado. Desta forma, constata que a certidão de antecedentes criminais cumpre muito além do esperado, tendo uma função marcada pelo estigma ao apenado, eis que até nos meios informais a rotulação é automática. Diante disto, pode-se verificar que, apesar da existência dos princípios norteadores da Constituição da República de 1988, de fato as “manchas” deixadas pelos antecedentes criminais ofendem a cidadania plena e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Certidão de Antecedentes Criminais. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Exigência Prevista em Lei e Exigência Irrestrita. Dano Moral.

ABSTRACT

The objective of this study is to promote a reflection about of the (im) possibility of the requirement of the certificate of criminal antecedents in the juslaboral scope and the possible consequences resulting from the requirement, being supported by law or carried out unrestrictedly. As a basis for the study, a conceptual analysis of principles, provisions of laws and jurisprudence was made in order to better elucidate the divergence found in doctrine and in court judgments. Thus, the path taken to verify the validity of the criminal record requirement can only be analyzed, rather than analyzing the doctrinal and jurisprudential teachings on the subject, in view of the application of the current legislation, as well as to carry out a study on the repercussions pertinent to the aforementioned requirement in the life of an ex-convict. In this way, it is verified that the criminal background certificate fulfills much more than expected, having a marked function by the stigma to the distressed, then even in the informal means the labeling is automatic. In view of this, it can be verified that, despite the existence of the guiding principles of the Republic Constitution, in fact the "spots" left by criminal records offend the full citizenship and the dignity of the human person.

Keywords: Criminal Background Certificate. Principle of the Dignity of the Human Person. Predicted Requirement in Law and Unrestricted Requirement. Moral damage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE CONCEITUAL.....	11
3	A PERMISSÃO DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	17
3.1	Conceito de Antecedentes Criminais	17
3.2	Exigência de Apresentação de Certidão de Antecedentes Criminais no plano das Relações Juslaborais.....	19
3.3	Possibilidade Apenas em Casos Previstos em Lei x Exigência Irrestrita	20
3.4	Caso Hipotético Exemplificativo.....	29
4	DIREITO À INFORMAÇÃO DO EMPREGADOR X DIREITO DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO	33
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto o estudo acerca da (im)possibilidade de exigir-se a certidão de antecedentes criminais como pré-requisito de contratação, tendo como problema: (im)possível exigir a certidão de antecedentes criminais no âmbito juslaboral?

Apresenta uma análise conceitual do princípio de dignidade da pessoa humana, o debate a respeito do limite do poder do empregador, a discriminação no ambiente juslaboral, bem como as possíveis consequências da exigência irrestrita e genérica da certidão de antecedentes criminais, explicando os conceitos basilares do Direito do Trabalho.

São abordadas as possibilidades em que o ordenamento jurídico brasileiro permite a exigência da referida certidão, sendo imprescindível a exposição de alguns conceitos como o conceito do que são os antecedentes criminais.

A fim de melhor compreender o assunto tratado na pesquisa, é apresentado um caso hipotético exemplificativo que possibilitará ao leitor uma visão global e prática do tema proposto.

Destaca-se, por oportuno, uma discussão acerca do contraponto havido entre o direito à informação do empregador e o direito à privacidade do empregado.

Deste modo, com a pesquisa, analisa a (im)possibilidade da exigência da apresentação da certidão de antecedentes criminais, de forma a verificar a violação dos princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: análise conceitual

O Brasil tem como alicerce o Estado Democrático de Direito, o qual se fundamenta, dentre outros princípios, no respeito à dignidade humana. A Constituição da República de 1988 consagra esse princípio como fundamental e o coloca já em seu artigo 1º, elevando-o à condição de pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

É preciso destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil e está disposto no artigo 1º, III, da Constituição da República de 1988, a saber: “ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; ” (BRASIL, 1988).

Ao discorrer acerca da dignidade da pessoa humana, é importante verificar delineadamente qual o seu significado e nesse sentido, deve-se destacar que é valor fundante e fundamentador da interpretação jurídica. Assim, quando o legislador vai criar uma norma jurídica, deve ter por base o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o magistrado, o promotor e o advogado ao interpretarem o Direito.

O princípio ora tratado está lastreado por três diferentes expressões, a fim de delinear uma evolução um tanto quanto histórica do princípio em voga.

A primeira expressão que orienta o conceito de Direitos Humanos, entendidos como direito do homem, é verificada quando se identifica interesses que são conexos ao direito natural, como por exemplo o direito à vida, o direito à liberdade e o direito de dar a cada um o que lhe é devido.

Nesse sentido, no uso da terminologia direitos naturais, percebe-se, pois, certa identificação com uma abordagem jusnaturalista, conforme leciona Culleton; Bragato; Fajardo (2009, p. 16):

[...] na origem da história dos direitos humanos, esses apareciam como direitos naturais, e nas primeiras declarações liberais do século XVIII nos modelos americano e francês encontramos consagrada essa expressão como a habitual para designar os direitos do homem.

Tem-se, ainda, a doutrina do direito natural de Bannel (2010, p. 88-89):

[...] é a doutrina segundo a qual existem leis naturais, que não procedem de nenhuma instituição social ou política ou de nenhuma formação de outro grupo social e que são reconhecíveis através da racionalidade humana. São nessas leis que seres humanos podem fundamentar suas pretensões contra outros indivíduos, a sociedade e o governo. Existem antes e acima da

sociedade e das convenções estabelecidas nas leis positivas promulgadas pelas legislativas de cada sociedade política. São a priori, pré-convencionais e fundamentadas na natureza do ser humano. Isso, além de outras coisas, quer dizer que existem determinadas necessidades morais e princípios de conduta justa que se fundamentam num bem humano identificável independentemente de qualquer contexto sociocultural ou histórico.

Para confirmar o uso da referida terminologia, veja-se, por exemplo, o parágrafo introdutório da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789):

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os **Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem**, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.¹ (Grifo acrescido).

A segunda expressão é Direitos Humanos em sentido estrito, no qual se verifica que os direitos conexos ao direito natural foram devidamente positivados em tratados e convenções internacionais.

Avaliza Storck (2014, p. 536) acerca do papel do Estado:

O primeiro momento de declaração dos direitos humanos surge no momento de constituição do Estado moderno e procura limitar a capacidade que teria o poder político estatal de intervir nas pretensões de autodeterminação de indivíduos e de certos grupos sociais ou religiosos.

Afirma-se que nesse primeiro momento o processo de positivação dos direitos humanos.

Assevera, pois, Tosi (2010, p. 67):

A partir do processo de positivação, os direitos humanos deixam de ser orientações éticas ou programas de ação, e convertem-se em obrigações jurídicas que vinculam as relações internas e externas dos Estados. Os instrumentos e as garantias jurídicas de proteção dos direitos humanos são ferramentas indispensáveis para a efetivação dos Direitos Humanos, e constituem um aspecto fundamental para que os direitos não se tornem mera retórica. Enquanto conjunto de normas jurídicas, os direitos humanos tornam-se também critérios de orientação e de implementação das políticas públicas institucionais nos vários setores. O Estado assume assim um compromisso de ser o promotor do conjunto dos direitos fundamentais, não apenas do ponto de vista “negativo”, isto é, não interferindo na esfera das liberdades individuais dos cidadãos, mas também do ponto de vista “positivo”, implementando políticas que garantam a efetiva realização desses direitos para todos.

Por último, a terceira expressão é Direitos Fundamentais, quando os tratados internacionais de direitos humanos foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro a partir da positivação nos textos constitucionais.

Nesse sentido, observa Mazzuoli (2004, p. 358):

[...] seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais, deu um grande passo rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos.

Tem-se também o entendimento de Piovesan (2002, p. 261/262):

[...] a reinserção do Brasil na sistemática de proteção internacional dos direitos humanos vem a redimensionar o próprio alcance do termo cidadania. Isto porque, além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Vale dizer, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir desta conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos.

No entendimento de Giovannetti (2009, p. 34):

Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se ipso facto ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter “aplicação imediata” (artigo 5º (1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados.

Por fim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana, na linguagem filosófica, é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio, sendo que a sociedade só pode ser realizada no respeito pela dignidade de cada pessoa na prática dos valores da verdade, da liberdade e da justiça. A dignidade da pessoa humana deve ser pensada como centro e vértice de tudo o que existe.

O Supremo Tribunal Federal (STF) em suas decisões tem se posicionado acerca da tutela à dignidade humana, nesse sentido tem-se:

E M E N T A: PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - "HABEAS CORPUS" CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO (OU A ESTE EQUIPARADO), NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. - Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ

187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei. - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. - O indiciado ou o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, ainda que se cuide de pessoas acusadas da suposta prática de crime hediondo (Súmula 697/STF), sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. Precedentes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2005).

A ementa supra colacionada demonstra claramente que o princípio da dignidade da pessoa humana representa a centralidade do Estado Democrático de Direito e inspira todo o ordenamento jurídico constitucional.

Em outra decisão, tem-se que o princípio da dignidade humana se encontra explícito da CR/88, nesse sentido tem:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1996).

No mesmo sentido, entendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no âmbito do Direito do Trabalho, tem-se o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

RECURSO DE REVISTA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PLANO DE SAÚDE - USUFRUTO DURANTE O PERÍODO EM QUE O EMPREGADO GOZA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO QUE DECORRE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OSTENTADA PELO TRABALHADOR.

A suspensão do contrato de trabalho pela fruição de aposentadoria por invalidez decorre de malefício infligido ao empregado, oriundo da atividade por ele desenvolvida na empresa. Nessa senda, os postulados da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) e da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) vedam que o empregador, no momento em que ao empregado é indispensável a manutenção do plano de saúde, deixe de oferecer o benefício em exame, sob pena de se privar o trabalhador das condições necessárias ao restabelecimento de sua saúde. O valor social do trabalho (art. 1º, IV, da Constituição da República), fundamento da República Federativa do Brasil, impõe a adoção de todas as medidas possíveis para que se preservem a saúde e a integridade física e mental daquele que presta serviços subordinados a outrem. Entendimento consagrado na Súmula nº 440 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2015).

Portanto, compreende-se que os Tribunais têm defendido a normativa no sentido de que no plano jurídico, este valor intrínseco (dignidade da pessoa humana) se identifica juridicamente como direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral de cada indivíduo.

Nesse sentido, a doutrina assevera que os direitos e garantias fundamentais estão alicerçados na dignidade da pessoa humana. Assim, nas palavras de Silva (2003, p. 109), o alicerce principal do ordenamento constitucional não se localiza apenas no artigo 5º, da Constituição da República de 1988 – CR/88, mas se espraia por todo o texto constitucional por se tratar de princípio com conteúdo humanizador das relações humanas, apto a abarcar as variadas dimensões dos direitos fundamentais. Veja-se:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Associando o entendimento dos doutrinadores e da jurisprudência defende-se que o princípio da dignidade humana deve ser compreendido como uma cláusula geral

de tutela da pessoa humana e deve prevalecer tanto nas situações jurídicas conflituosas existenciais quanto patrimoniais, devendo ser preconizada a dignidade da pessoa humana como fundamento da organização política-jurídica da Constituição da República de 1988.

3 A PERMISSÃO DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Em sede de parágrafo introdutório, tendo em vista que o assunto do presente título será tratado de forma pormenorizada nos subtítulos subsequentes, faz-se necessário asseverar que no ordenamento jurídico brasileiro há previsão legal expressa que permite a exigência de apresentação de antecedentes criminais.

Contudo, antes de adentrar no assunto do título ora tratado, faz-se necessária uma breve conceituação do que são os antecedentes criminais.

3.1 Conceito de antecedentes criminais

A denotação da palavra antecedentes pode ser encontrada em qualquer dicionário da língua portuguesa, como sendo “que antecede; precede; que sucedeu antes; fatos anteriores; atos da vida passada”. Contudo, nesse subtítulo serão tratados eventos anteriores associados a um fator muito influente que é o qualificativo criminal. É nesse momento que surge o substantivo composto “antecedentes criminais”, ganhando novos contornos, tomando forma e conotação jurídica própria, identificando, tanto para o presente quanto para o futuro, um comportamento humano socialmente reprovável, disposto no art. 59 do Código Penal Brasileiro (CPB).

Segundo Queiroz (2006, p.369-370), antecedentes são os fatos, bons ou maus, anteriores à conduta do acusado, sendo, pois, merecedores de apreciação na sentença, seja para reprová-la, seja para aprová-la.

Servem, segundo Delmanto (2007, p.187), para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do indivíduo ou se ele, com frequência, infringe a lei.

Greco (2011, p. 554), manifesta-se, ao analisar as circunstâncias judiciais, no sentido de que “Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se presta para efeitos de reincidência”. Entretanto, o posicionamento do referido autor, muito bem sintetizada não abrange o conceito fático e formal, uma vez que, o mesmo ultrapassa os limites do âmbito penal, deixando marcas permanentes que se reproduzem em todas as áreas da sociedade, na qual está incluído o indivíduo tido como criminoso.

Nucci (2010, p. 401), ao ressaltar efeitos que não mais se projetam após a

reforma feita no Código Penal Brasileiro em 1984, admite que o conceito do instituto em apreço é bem mais abrangente, assim defende que:

Trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma, de 1984 podia-se dizer que os antecedentes abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até os seus relacionamentos na família ou no trabalho. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social de dentro dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes. É verdade que os autores da Reforma mencionam que os antecedentes “não dizem respeito à ‘folha penal’ e seu conceito é bem mais amplo (...) deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares” (MIGUEL REALE JÚNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, Penas e medida de segurança no novo Código, p. 161). Entretanto, ao tratar da conduta social, os mesmos autores frisam que ela se refere “ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence”, entre outros. Ora, não se pode concordar, que os antecedentes envolvam mais do que a folha corrida, pois falar-se em “meio de sustento”, “dedicação a tarefas honestas” e responsabilidades familiares” tem a ver com conduta social.

Na visão de Reale Júnior (1985, p.161):

Os antecedentes não dizem respeito à ‘folha penal’, e seu conceito é bem mais amplo, pois como assinala Nilo Batista o exame do passado judicial do réu é apenas uma fração. Por antecedentes deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares. Em suma a lição de Hungria é exata: ‘Ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor.

Nesse sentido também é a lição de Bissoli Filho (1998, p.64):

Assim, não obstante o conceito inicial de antecedentes considere como tal qualquer situação (positiva ou negativa) que revele a conduta, o comportamento anterior do autor do fato criminoso, ou os fatos ou episódios, nos quais este tenha se envolvido, as situações acima elencadas, por se restringirem basicamente aos antecedentes ‘judiciais’ e ‘policiais’, acabam considerando apenas os ‘maus’ antecedentes, uma vez que os registros existentes nas repartições públicas, mormente das agências judiciais e policiais, via de regra revelam o envolvimento do indivíduo em fatos ‘negativos’. Dentre as situações elencadas pelo conjunto de autores não se situam aquelas que revelam fatos, episódios, condutas ou comportamentos bons ou ótimos da vida do indivíduo, tais como, por exemplo, os processos de adoção e guarda de menores carentes e desassistidos, prestação de serviços públicos relevantes (como jurado, como membro do serviço eleitoras e em atividades comunitárias).

Assim, no que tange ao conceito de antecedentes criminais, pode-se dizer que nada mais é do que tudo o que se refere à vida pregressa do indivíduo, ou seja, todo o histórico que fica registrado para fornecer ao julgador, ou a quem quer que interesse, elementos que possibilitem a análise da personalidade daquele.

3.2 Exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais no plano das relações juslaborais

Inicialmente, faz-se necessária a seguinte indagação: o ordenamento jurídico permite a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais no plano das relações juslaborais?

No decorrer da pesquisa, foi possível identificar diversos autores defendendo que não há essa possibilidade, enfatizando que a própria exigência da apresentação já configuraria um ilícito trabalhista. Os autores defendem esse ponto de vista com base nas três áreas do Direito afetas a esta questão, sendo o Direito Constitucional, Trabalhista e Penal.

Sob a perspectiva do Direito Constitucional, os autores costumam afirmar que não é possível a discriminação no âmbito do contrato de trabalho, principalmente porque é um dos objetivos da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda na Constituição, os autores citam o artigo 5º, que em seu *caput* afirma que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

Passando pela perspectiva do Direito do Trabalho, os autores costumam afirmar que há legislações, como exemplo a legislação do vigilante e a legislação do empregado doméstico até a vigência da Lei Complementar nº150/2015, que citavam expressamente a exigência de antecedentes criminais e, sendo assim, considerando que há previsão legal expressa nessas leis, outras modalidades de emprego não poderiam exigir a certidão de antecedentes criminais.

Por fim, em relação ao Direito Penal, os autores argumentam no sentido de que os antecedentes criminais servem de instrumento criminal, ficando restringido a este âmbito, não podendo ser usado no âmbito trabalhista.

No decorrer da presente pesquisa, foi possível ter um entendimento diferente.

Do ponto de vista constitucional, pode-se asseverar que solicitar a apresentação da certidão de antecedentes criminais não é discriminação. Esse ponto de vista será abordado em outro título deste trabalho, bastando dizer que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da discriminação, pedir antecedentes criminais não enquadraria como sendo discriminação.

Quanto ao Direito do Trabalho, pode-se afirmar que o empregador somente poderia pedir a certidão ora tratada nos casos em que a lei assim o permitir e exigir, é entender que ao particular é permitido fazer exatamente o que a lei obriga, não abrindo espaço ao particular para que ele haja conforme a finalidade do contrato de trabalho e a seleção de um bom candidato. Também não faria sentido esperar que o legislador previsse todas as situações de emprego em que ele observasse uma relevância de proteção e permitisse, assim, a certidão de antecedentes criminais.

Por derradeiro, afirmar que a certidão de antecedentes criminais serve somente para fins do Direito Penal, seria limitar referido instrumento a somente uma área do Direito, no sentido de que as áreas do Direito não são interligadas.

3.3 Possibilidade apenas em casos previstos em lei x Exigência irrestrita

Inicialmente, cumpre ressaltar que um dos critérios utilizado como fundamentação está no princípio da legalidade estrita, por força do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988 (CR/88) que prevê que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. O critério hermenêutico da legalidade estrita é constitutivo do Direito Penal, sendo também premissa fundante para questão jurídica do dano moral e da certidão de antecedentes criminais. O art. 202 da Lei de Execução Penal declara expressamente que o uso de antecedentes criminais deve ser limitado à instrução do processo criminal e às estritas hipóteses admitidas em lei.

Em direção ao alcance de uma interpretação sistemática das normas jurídicas e garantindo a própria unidade da ciência do Direito, cabe ao intérprete do Direito do Trabalho observar o comando externado no artigo supramencionado, no sentido de somente validar o uso de certidão de antecedentes criminais às estritas hipóteses admitidas por lei.

Resta claro, portanto, a impossibilidade de exigência genérica de certidão de antecedente criminal pelo empregador no uso do seu poder empregatício, ou seja, o poder empregatício, fruto da atividade empresarial, não é absoluto.

Na mesma direção, seguindo a orientação do princípio da legalidade, reza o artigo 5º, inciso XII, da Constituição: “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Note-se que as qualificações profissionais necessárias ao desempenho de qualquer

trabalho, ofício ou profissão, devem ser estabelecidas por lei. Então, nesse sentido, existem alguns regramentos específicos que condicionam a apresentação de certidão de antecedente criminal para a contratação do candidato ao emprego, por exemplo, o artigo 16, inciso VI, da Lei nº 7.102/1.983, que especificamente exige para a contratação da profissão de vigilante a apresentação da certidão negativa de antecedentes criminais e a Resolução 1.971/2007 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), numa visão larga das fontes heterônomas do Direito, que estabelece que motoristas que atuem no transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, que também sejam contratados após a apresentação do documento da certidão de antecedentes criminais.

Nesse ponto, importante a transcrição do art. 16, inciso VI, da Lei nº 7.102/1.983: “Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos: [...] VI - não ter antecedentes criminais registrados;”.

Essas legislações condicionam a entrada no mercado de trabalho protegido, a apresentação de certidão de antecedentes criminais, devem ser interpretadas restritivamente, sem qualquer possibilidade de ampliação por interpretação analógica ou extensiva a outras relações de trabalho ou relações de emprego. Sendo assim, para as funções em que a lei prevê expressamente a possibilidade de exigência de certidão negativa de antecedentes criminais para admissão no emprego, prepondera, em favor do empregador, o direito fundamental à informação à luz do artigo 5º, inciso XIV e XXXIV. Por essa razão, nessa hipótese em específico, não configura o direito à indenização por dano moral a exigência apresentada pelo empregador de apresentação de antecedente criminal pelo candidato ao emprego.

Assim, segue-se para um segundo ponto de argumentação, que é o ponto que diz respeito às normas constitucionais de proteção ao trabalho humano, mais precisamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse caso, o poder empregatício, além dos limites consignados pelo princípio da legalidade, conforme dito na introdução, também está limitado pelos princípios fundamentais de proteção à dignidade humana e de não discriminação, que são postulados firmados na Constituição da República de 1988 em diversos dispositivos, e também na Convenção 111 da OIT e em pela Lei nº 9.029/95.

Determina o artigo 1º da Convenção nº 111 da OIT:

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

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (BRASIL, 1965)

Determina, ainda o artigo 1º da Lei nº 9.029/95:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). (BRASIL, 1995)

Segundo Delgado¹ (2010, p. 776 apud ALVARENGA, 2014, p. 53), o princípio da não discriminação representa princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.

É importante observar que esses limites também condicionam o poder empregatício no curso da relação de emprego. Obviamente que esses limites que são dados ao exercício do poder fiscalizatório à luz do princípio da dignidade humana, eles também se refletem e atingem a fase pré-contratual e a fase pós-contratual.

Assim, a exigência de certidão de antecedentes na fase pré-contratual, desde que não haja lei que a ampare, é discriminatória, pois parte-se do pressuposto que a única motivação que leva o empregador a exigí-la é afastar do emprego, ou do candidato ao emprego, pessoas que foram submetidas a condenação ou a pendências judiciais. Nesse sentido, entende-se que a exigência de antecedentes criminais, neste caso, sem amparo legal, reflete o processo de estigmatização de quem foi condenado criminalmente, mas já cumpriu sua pena.

É importante observar que o ordenamento jurídico brasileiro rechaça terminantemente hipóteses de estigmatização do ser humano. É possível vislumbrar esta vedação de forma clara em alguns aspectos de proibição de condutas antidiscriminatórias nas relações de emprego, cuja premissa também se aplica no que

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2010.

concerne ao uso da certidão de antecedentes criminais. Fazendo uma avaliação a partir de uma linguagem sistêmica do Direito, pode-se fazer uso de um artigo da legislação penal, que é o art. 748 do Código de Processo Penal, como exemplo de regra jurídica direcionada a evitar práticas discriminatórias e processos de estigma do egresso do sistema penitenciário: Art. 748. “A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”. (BRASIL, 1941).

O artigo supratranscrito garante a efetividade ao direito ao esquecimento, o direito à privacidade e o direito à não discriminação, na medida em que exige o sigilo das certidões de antecedentes criminais, ou seja, a vida útil da informação criminal tende a desaparecer quando se esgota resposta penal conferida ao fato criminoso. Tanto é assim que, mesmo em casos de reincidência, a orientação criminal é no sentido de que há um prazo para validade do antecedente criminal, que seria de 05 anos para fins de majoração da penalidade.

Segundo Pastore² (2011 apud ALVARENGA, 2014, p.54):

[...] a maioria dos cidadãos teme o convívio com ex-criminosos. Os egressos de presídios são geralmente vistos como pessoas não confiáveis. A resistência dos empregadores e da sociedade para reabsorver criminosos é enorme. As pessoas têm dificuldades para dar uma segunda chance a quem cometeu um delito. Ademais, os egressos dos presídios, na maioria dos casos estão tão pouco preparados para entrar em uma empresa e se comportar de acordo com as regras”.

Ainda consoante Pastore (2011, p. 12), é importante observar que “o trabalho produtivo é uma das medidas que mais ajudam os excluídos a reconstruir suas vidas”.

Mendes e Branco (2012, p. 353), discorrendo sobre o direito à privacidade, asseveram o seguinte:

A celebridade do passado nem sempre será objetivo legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

² PASTORE, José. *Trabalho para ex-infratores*. São Paulo: Saraiva, 2011.

O Conselho da Justiça Federal compartilha do entendimento supramencionado, consignado nos dizeres “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, cuja justificativa assevera:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Esse direcionamento, por óbvio, também deve ser aplicado ao Direito do Trabalho e ao universo das contratações trabalhistas. Assim, permitir que o empregador exija genericamente a certidão de antecedentes criminais, representa a possibilidade de privatização da pena e de elástico dos efeitos da condenação criminal, os quais não podem se perpetuar no tempo.

Segundo Alvarenga (2014, p.58):

Para que os antecedentes criminais não sejam um obstáculo do ex-infrator e para que haja menor resistência das empresas quanto à sua contratação, é necessário que a função a ser exercida pelo candidato ao emprego não esteja relacionada ao delito praticado, sob pena de caracterizar em conduta discriminatória prevista no art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal de 1988, que assim preceitua:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Assim também se manifesta Moreira³, citado por Leite e Rios (2008, p. 208):

Deve-se analisar o tipo de tarefa que o trabalhador irá realizar e a própria natureza da empresa, podendo apenas solicitar os antecedentes que tenham uma estrita conexão com a função a ser desempenhada. Aspectos não relacionados a essa função não influenciam a capacidade profissional. Apesar disso não se pode determinar ao empregador não questionar o candidato sobre esse assunto. Pode-se aceitar que, em casos muito especiais, seja solicitada certidão negativa de antecedentes criminais, desde que indicado o fim e demonstrado legítimo interesse.

Vê-se que não é facultado ao empregador, por força do seu poder diretivo, mas sim ao legislador fixar os casos em que a exigência de certidão de antecedentes

³MOREIRA apud LEITE; RIOS. 2008, p. 208.

criminais poderá guardar estrita observância para o desempenho de determinada função, trabalho ou emprego, ou seja, sem a motivação legal, não cabe a possibilidade de exigência da certidão, sob pena de descortinarmos hipóteses de arbitrariedade ou de discricionariedade ampla na perspectiva das contratações trabalhistas.

De acordo com Baracat⁴ (2003 apud ALVARENGA, 2014, p. 57):

É perfeitamente lógico que o empregador tenha interesse nesta informação, partindo-se da concepção de que poderá haver reincidência dos atos delituosos no ambiente de trabalho. Não há de negar, todavia, o preconceito existente em relação àqueles que foram condenados por crimes. A dificuldade de reinserção destas pessoas demonstra esse fato. Não se pode, contudo, aceitar que as informações relativas a antecedentes criminais sejam utilizadas com caráter discriminatório.

Por fim, o terceiro ponto de argumentação se relaciona ao direito à segurança.

Essa tese se reproduz, em alguma medida, nas jurisprudências até então consolidadas da Corte Superior Trabalhista (TST) e do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), sob a premissa de que quando o empregador exige a certidão de antecedentes criminais, visa identificar crimes conexos ao trabalho a serem desenvolvidos de modo a garantir a sua segurança e a de seus clientes.

Nesse sentido, o TRT da 3ª Região entende que:

EMENTA: DATA DE ADMISSÃO - ATESTADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS - DOCUMENTO EXIGIDO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Confessando o autor, em seu depoimento, que, para a prestação de serviços na obra do reclamado, fazia-se necessária a prévia apresentação de atestado de antecedentes criminais ao Condomínio em que estava localizada, é de se entender que o labor foi iniciado na mesma data ou em data posterior àquela consignada no referido documento, como sustentado pela parte ré, e não nos 2 meses anteriores. Na hipótese, diante da confissão, nem mesmo os depoimentos das testemunhas do autor favorecem sua pretensão. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2012).

A presente ementa acostada teve como objeto o julgamento de um Recurso Ordinário em que houve confissão do autor no sentido de que, para a prestação de serviços na obra do reclamado, era necessária a apresentação prévia da certidão de antecedentes criminais. Com fundamento na confissão, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que nem mesmo o depoimento das testemunhas do autor favoreceriam sua pretensão.

EMENTA: ENQUADRAMENTO FUNCIONAL. VIGILANTE PATRIMONIAL. DESCARACTERIZAÇÃO. 1. A atividade do vigilante encontra-se regulamentada pela Lei 7.102/1983, a qual dispõe, nos artigos 10, I e II e artigo 15, que vigilante é o empregado contratado para: a) proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros

⁴BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

estabelecimentos, públicos ou privados, bem como à segurança de pessoas físicas; b) realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga. 2. A lei determina que o trabalhador deverá satisfazer alguns requisitos para o exercício da função, dentre eles, "ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei", bem como "em exame de saúde física, mental e psicotécnico", não possuir "antecedentes criminais registrados" e estar "quite com as obrigações eleitorais e militares" (artigo 16 da Lei 7.102/1983). 3. São distintas as funções de vigilante e vigia. Do vigilante se exige preparação específica, nos termos da lei, eis que tal profissional tem como atribuição a contenção das ofensas ao patrimônio e à segurança pessoal, além de deter porte de armas. Já o vigia exerce atribuições mais brandas, ligadas à observação de fatos ocorridos, dele não se exigindo porte de armas ou mesmo que reprima eventual ataque ao patrimônio ou às pessoas. 4. Evidenciando-se dos autos que as atribuições exercidas pelo demandante junto à ré, limitavam-se à observação de fatos ocorridos dentro do estabelecimento empresarial, bem como ao controle de entrada e saída de veículos, conclui-se que o autor atuou na demandada não como vigilante, mas como vigia, fazendo rondas ou permanecendo na guarita, não havendo ainda porte de armas. 5. Inexistem nos autos elementos hábeis a demonstrar o enquadramento do autor na pretendida função de vigilante. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2012)

A ementa acima teve como objeto o julgamento de litígio em Recurso Ordinário discutindo o enquadramento do autor em função de vigilante. Com fundamento na lei nº 7.102/1983, que dispõe que o trabalhador deve satisfazer alguns requisitos para realizar o transporte de valores, dentre eles não possuir antecedentes criminais registrados. No referido recurso, o TRT concluiu que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar as alegações trazidas na exordial.

EMENTA: DESVIO DE FUNÇÃO NÃO DEMONSTRADO. VIGILANTE/PORTEIRO. A atividade do vigilante se destina, principalmente, a proteger o patrimônio e a vida das pessoas e é exercida conforme os ditames da Lei n. 7.102/83, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros e estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Para o exercício do referido ofício, o trabalhador deverá preencher diversos requisitos, dentre eles ser aprovado em curso de formação de vigilante realizado em estabelecimento autorizado, bem como em exame de saúde física, mental e psicológica, não ter antecedentes criminais registrados, estar quite com suas obrigações eleitorais e militares e estar previamente registrado no Departamento de Polícia Federal. Ao alegar o exercício de tal função, cumpre ao demandante a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT, c/c art. 333, I, do CPC). No entanto, demonstrado apenas o exercício de tarefas características de portaria, impõe-se a improcedência dos pedidos atinentes ao suposto desvio de função. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região, 2012).

A jurisprudência supra teve como objeto o julgamento de um Recurso Ordinário, cuja discussão foi parecida com a ementa anterior. Contudo, a conclusão do TRT foi no sentido de que o autor comprovou nos autos que exerceu apenas atividade de

portaria, o que afasta a possibilidade de reconhecimento do exercício de função de vigilante.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do TST:

DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUSÊNCIA DE RÊGISTRO, NO ACÓRDÃO RECORRIDO, DA FUNÇÃO EXERCIDA PELO RECLAMANTE. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA PRETENSÃO. ÓBICE DA SÚMULA Nº 126 DO TST.

Discute-se na hipótese dos autos se a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como critério de admissão no emprego configura conduta discriminatória, apta a ensejar indenização por danos morais. O poder diretivo do empregador não permite que ele proceda à exigência de antecedentes criminais para a contratação do trabalhador sem que essa providência guarde pertinência com as condições objetivamente exigíveis para o trabalho oferecido, porquanto pressupõe a exigência de exposição de informações alheias à relação contratual e, ao mesmo tempo, afetas ao íntimo do indivíduo. Ressalta-se que se faz necessário examinar as circunstâncias do caso concreto e verificar se há razoabilidade na exigência prévia da certidão, não sendo devida a indenização por dano moral tão somente pelo simples requerimento genérico do empregador, ao contratar, de apresentação de histórico relativo aos antecedentes criminais. Com efeito, quando houver razoabilidade na exigência de apresentação dos antecedentes criminais e não houver nenhuma impossibilidade de contratação, não é cabível a indenização. Em casos mais delicados, em que se exige uma maior fidúcia, com funções mais cruciais ou mais estratégicas para o exercício da empresa pelo empregador, é admitido esse controle prévio. Esse controle da conduta patronal há de ser aferido diante das circunstâncias do caso concreto, dependendo da função a ser exercida pelo trabalhador e da razoabilidade da exigência da certidão de antecedentes criminais ou não. Contudo, na hipótese dos autos, não há registro, no acórdão recorrido, da função exercida pelo reclamante, circunstância que inviabiliza o exame da relação direta entre a atividade profissional a ser exercida e a exigência da certidão de antecedentes criminais do candidato ao emprego. Logo, não havendo registro da função exercida pelo autor nem tendo havido apresentação de embargos de declaração ou arguição de negativa de prestação jurisdicional a fim de se consignar o aludido dado fático, é inviável a análise da sua pretensão recursal do reclamante, pois seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado nesta instância extraordinária, conforme o disposto na Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista conhecido e desprovido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2015)

O acórdão supratranscrito teve como objeto o julgamento de um Recurso de Revista, cuja discussão se deu em torno da pertinência da exigência da apresentação de certidão de antecedentes criminais, tendo em vista que não há nexo entre tal exigência com o cargo pretendido pelo reclamante. No referido acórdão, o julgador pontuou a necessidade de analisar o caso concreto para verificar se é razoável a caracterização de dano moral, uma vez que a simples exigência não ensejaria em indenização. Com fundamento na inviabilidade da pretensão recursal sob o argumento de que seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu o TST que o referido recurso deveria ser julgado como desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALPARGATAS. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA NATUREZA DO CARGO. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. Quando não justificada em razão da função objeto do contrato de emprego, a exigência feita pelo empregador, de apresentação certidão de antecedentes criminais como condição para a admissão do trabalhador ao emprego, por não contemplada pela ordem jurídica e devido ao elevado potencial discriminatório, autoriza o processamento do recurso de revista, afigurando-se possível violação aos artigos 1º da lei ordinária nº [9.029/95](#), 5º, inciso X, da [Constituição](#) da República, e [186](#), do [CC](#). Agravo de Instrumento provido, com fundamento na alínea c, do artigo [896](#), da [CLT](#). RECURSO DE REVISTA. ALPARGATAS. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PELA NATUREZA DO CARGO. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. O § 1º, da Lei nº [9.029/95](#), veda "qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego", sendo certo que a exigência de certidão de antecedentes criminais, quando não justificada em razão da função objeto do contrato de emprego, configura óbice discriminatório e limitador do acesso ao emprego, e ofensa literal da norma retromencionada, com efeito direto sobre a integridade moral do trabalhador afetado, ensejando a vulneração da [Constituição](#) (artigo 5º, X), e do [Código Civil](#) (artigo 186). Recurso de Revista conhecido e provido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2015)

A presente ementa acostada tem como objeto o julgamento de um Recurso de Revista cuja discussão se deu em torno de que a exigência de certidão de antecedentes criminais, quando não justificada em razão da função objeto do contrato de emprego, configura óbice discriminatório e limitador do acesso ao emprego, e ofensa ao Artigo 1º da Lei nº 9.029/95. Com fundamento no artigo retro, o TST entendeu por bem conhecer e julgar provido o referido recurso ante a conduta discriminatória da parte reclamada.

Importante observar que a certidão de antecedentes criminais nada revela sobre a vida futura do candidato à vaga de emprego. Não é possível se fazer qualquer exercício de futurologia com a apresentação da certidão criminal. Seu objeto é fazer menção ao tempo passado, não podendo inclusive, pensar em vislumbrar hipóteses para o futuro, mas a incerteza é a marca da utilização da certidão de antecedente criminal para o futuro. Logo, a ofensa do direito à segurança é apenas um risco suposto e imaginado pelo empregador, ao passo que os direitos à dignidade da pessoa humana e a privacidade são concretamente violados. Nesse sentido, não há possibilidade de ponderação entre o direito à segurança, que é um direito instrumental, uma vez que viabiliza o direito à propriedade do empregador, e o direito que é concretamente violado pela exigência, por si só, da certidão de antecedente criminal quando não há legislação que a ampare.

Nessa continuidade, pode-se, a partir dos pontos de argumentação, traçar, a partir do que foi exposto na presente pesquisa, algumas conclusões.

Primeiro, a exigência genérica de apresentação de certidão de antecedentes criminais, sem que haja lei condicionando tal apresentação, importa em violação da dignidade da pessoa humana e da privacidade do candidato a emprego, situação que causa imediato dano a diferentes esferas de sua personalidade, eis que o ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer hipótese de estigmatização. Deve-se considerar a certidão de antecedentes criminais, se não houver lei que a ampare, como um documento estéreo para viabilizar capacidade, competência e habilidade para o emprego. Vale ressaltar que o sentido de segurança é um sentido presumido e imaginado porque também não se tem como concretizar com absoluta certeza o que virá no futuro.

Segundo, é indiferente e inócua a discussão a respeito de eventual contratação posterior, seja a certidão negativa ou positiva, pois o dano é concretamente causado pelo pedido da certidão em si, se não houver lei que o ampare.

Terceiro, o caráter discriminatório dessa exigência e a ofensa a aspectos da dignidade do trabalhador, no que concerne a essa perspectiva, causam dano *in re ipsa*, que independem de comprovação.

Enfim, a simples exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais na fase pré-contratual, desde que não haja previsão legal em sentido contrário, acarreta dano moral e conseqüente responsabilidade civil para o empregador.

3.4 Caso hipotético exemplificativo

Somente para exemplificar a explanação do subtítulo anterior, imagine-se que uma empresa abriu uma vaga em determinado cargo e selecionou vários currículos de possíveis candidatos a essa vaga.

Um dos possíveis candidatos cometeu um crime, mas a empresa não tem ciência disso. O candidato foi condenado, preso e cumpriu sua pena, estando reabilitado.

Nesse caso, faz-se necessário a seguinte pergunta: até que ponto é possível a empresa, durante o processo seletivo, exigir que o candidato ao emprego apresente sua certidão de antecedentes criminais?

No Brasil, há constantes discussões nos tribunais, uma vez que a CR/88 assegura a todos os cidadãos o direito à liberdade de trabalho, bem como há assegurado o direito à não discriminação, inclusive, no acesso ao emprego.

Lado outro, a CR/88 também assegura ao empregador a proteção ao seu patrimônio, ou seja, é admitida a exigência da certidão de antecedentes criminais. O grande problema é o que o empregador fará nesse processo seletivo com a informação que constar na certidão.

Por exemplo, uma empresa que faz trabalho de telemarketing e há um candidato à vaga de operador de telemarketing, sendo que terá acesso aos dados bancários dos clientes da empresa. Nesse caso, é razoável e existe uma vinculação objetiva entre uma decisão de não admitir um candidato que tenha um passado de condenação por estelionato. Em contrapartida, quando o candidato foi condenado no passado por crime eleitoral e tal informação consta em sua certidão de antecedentes criminais e o empregador não o contrata a essa vaga pelo simples fato da certidão ser positiva, entende-se que, nesse caso em específico, há nítida discriminação por parte do empregador.

Para corroborar com o caso supramencionado, considerando a divergência presente na esfera dos TRTs, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisão proferida pela Subseção dos Dissídios Individuais (SBDI-1), com voto do redator designado o Ministro Renato Lacerda Paiva assim se posicionou:

RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO - OPERADOR DE TELEMARKETING.

O posicionamento majoritário desta SBDI1, no julgamento deste processo, foi de que o procedimento da empresa consubstanciado na apresentação da certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego não causou dano à empregada passível de ensejar a reparação por danos morais. Dois fundamentos balizaram essa conclusão: O primeiro fundamento, ao qual me filio, é no sentido de que não configura danos morais a simples exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego, a não ser que, em determinado caso concreto, a não contratação do empregado decorra de certidão positiva de antecedente criminal que não tenha relação alguma com a função a ser exercida, o que configuraria discriminação vedada pela Constituição Federal. Assim, a exigência em si da certidão negativa de antecedentes criminais não gera lesão moral, passível de indenização, salvo se ela constituir fator de injustificada discriminação na admissão do obreiro. Ou seja, de forma genérica, é possível à empresa fazer tal exigência. Constitui direito do empregador solicitar ao candidato a apresentação dessa certidão, sem que isso implique por si só le são a um direito fundamental que justifique a configuração de dano moral. Somente na hipótese específica de haver recusa na contratação do candidato ao emprego em face da apresentação de certidão positiva de antecedentes criminais (que não tenha relação nenhuma com a função a ser exercida) é

que o direito à reparação se evidenciaria, em face da lesão moral, ofensora da dignidade humana, e, ainda, ante ao obstáculo à inclusão social imposto ao empregado. O segundo fundamento é que só se configura dano moral se a atividade a ser exercida pelo empregado não justifica a exigência da referida certidão, o que não é o caso dos autos, uma vez que a reclamante, na função de operador de telemarketing, tinha amplo acesso ao cadastro sigiloso das pessoas, mostrando-se razoável e adequada a exigência de apresentação dos antecedentes criminais, com forma de proteção à empresa e aos seus clientes (dados sigilosos). Assim, também por esse fundamento, entendeu a SBDI1 que não há direito à indenização por dano moral na hipótese, pois o ato de restrição do direito de personalidade da empregada, consubstanciado na exigência da certidão de antecedentes criminais, é necessário à consecução da atividade empresarial do empregador, mormente pelo fato de se tratar de admissão de empregada que teria acesso a dados pessoais de clientes. Portanto, nessa linha, não se configura o dano moral caso a exigência do atestado de antecedentes criminais esteja vinculada ao exercício de uma determinada função, ou seja, caso haja motivação idônea relacionada às atribuições do cargo; do contrário, não se mostrando essencial tal informação (antecedentes criminais), haverá, sim, lesão aos princípios constitucionais, precipuamente, ao da dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e provido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2014).

A jurisprudência ora colacionada teve como objeto o julgamento de um Recurso de Revista cujo cerne encontra-se no procedimento da empresa consubstanciado na apresentação da certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego não causou dano à empregada passível de ensejar a reparação por danos morais. O entendimento do julgador foi no sentido de que a simples exigência da certidão de antecedentes criminais como condição para admissão no emprego não é passível de indenização por danos morais, bem como constitui direito de o empregador solicitar ao candidato a apresentação da referida certidão. No caso apresentado na ementa, a parte reclamante era operador de telemarketing e tinha amplo acesso ao cadastro sigiloso das pessoas. Nesse sentido, concluiu o TST que não se configura o dano moral caso a exigência do atestado de antecedentes criminais esteja vinculada ao exercício de uma determinada função, ou seja, caso haja motivação idônea relacionada às atribuições do cargo; do contrário, não se mostrando essencial tal informação (antecedentes criminais), haverá, sim, lesão aos princípios constitucionais, precipuamente, ao da dignidade da pessoa humana.

A partir das ementas colacionadas, verifica-se que predominou o entendimento no sentido de que, em regra, há a possibilidade da exigência da certidão de antecedentes criminais para admissão no emprego e, considerando e sua licitude, é impraticável a condenação do empregador em eventual reparação por danos morais requerida pelo candidato submetido a tal procedimento.

Contudo, o TST, excepcionalmente asseverou ser admitida a indenização reparatória se, em um caso concreto, o candidato for contratado com base em certidão positiva de antecedente criminal que não tenha relação alguma com a vaga oferecida, ensejando, assim, em nítida discriminação.

Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente, na qual a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) decidiu, por maioria, que a exigência de certidão negativa de antecedentes criminais caracteriza dano moral passível de indenização quando caracterizar tratamento discriminatório ou não se justificar em situações específicas.

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.

(IRR - 243000-58.2013.5.13.0023, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 20/04/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017)

A decisão se deu em julgamento de incidente de recurso repetitivo, e o entendimento adotado deverá ser aplicado a todos os casos que tratam de matéria semelhante. O recurso julgado envolve a Alpargatas S.A. e foi afetado pela Quarta Turma do TST à SDI-1, dentro da sistemática de recursos repetitivos, para a fixação de tese jurídica sobre as situações que ensejariam ou não o reconhecimento de dano moral devido à exigência do documento como condição indispensável para a admissão ou a manutenção do emprego.

Assim, tem-se que, via de regra, não configura violação aos direitos da personalidade dos empregados, apta a justificar a pretensão de indenização por danos morais, a simples exigência da certidão criminal, por parte do empregador, como condição de admissão no emprego.

4 DIREITO À INFORMAÇÃO DO EMPREGADOR x DIREITO DA PRIVACIDADE DO EMPREGADO

Antes de adentrar na discussão do título ora tratado, necessário se faz demonstrar a previsão legal do direito à informação e o direito à privacidade.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *b*, dispõe que é assegurada a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Ainda a respeito do tema em estudo, o artigo 5º, inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação.

A consulta e exigência de certidão de antecedentes criminais, pelo empregador, assim, decorre dos mencionados direitos fundamentais.

Não obstante, a Constituição da República de 1988, no artigo 5º, inciso X, dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas.

Além disso, integram os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV, da CR/88).

A discriminação é, portanto, vedada, o que também se confirma pelo artigo 5º, inciso XLI, da CR/88, ao prever que a lei deve punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

O artigo 7º, nos incisos XXX, XXXI e XXXII, da CR/88, apresenta disposições pertinentes ao Direito do Trabalho fundadas na vedação de discriminação.

Nesse ponto, importante a transcrição dos dispositivos supracitados:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

[...]

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; (BRASIL, 1988).

O presente título deste trabalho envolve a colisão de princípios fundamentais, pois de um lado, por parte do empregado, a inviolabilidade da vida privada, a dignidade da pessoa humana e o princípio da discriminação, todos elevados ao plano constitucional. Em contrapartida, o direito do empregador de obtenção de certidões, de acesso à informação e à própria segurança em relação às suas atividades como empresário e também as suas atividades em relação aos seus clientes.

Nesse aspecto, para Bastos (2000, p.45):

[...] a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano

Ou ainda, para Lafer (1991, p. 20), direito à privacidade se refere ao “direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo a que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.

É necessário levar em consideração que o dano moral consiste numa lesão a honra, a dignidade, a personalidade e a imagem perante terceiros e a partir somente da análise dos fatos, que geraram essa lesão, é que seria possível verificar se a conduta do empregador seria passível ou não de indenização ao dano moral. Logo, somente a partir da ação ou omissão praticada pelo empregador é que seria possível verificar se há ou não realmente o dever de indenizar em relação ao ato sofrido pelo empregado.

Partindo-se desse pressuposto, há alguns casos em que é possível identificar a ocorrência de dano moral.

A primeira possibilidade trata-se da simples exigência da certidão de antecedentes criminais, que geraria o dano moral.

A segunda possibilidade, seria no sentido de haver previsões em que a lei exige ou permite a apresentação da certidão de antecedentes criminais, nessa hipótese tem-se o art. 16, inciso VI, da Lei nº 7.102/82, que trata das atividades laborais do vigilante, em que também há previsão legal acerca dessa exigência. Nesse caso, tendo em vista a previsão legal, pode-se dizer que não há abertura para a aplicação do dano moral.

Atualmente, existem vários meios que permitem que o empregador se previna no que tange à contratação de seus empregados, não só em relação a antecedentes criminais, mas em alguns outros casos até em suas exigências curriculares, como por exemplo a apresentação do empregado com algum tipo de certificação para empresas do ramo da tecnologia da informação.

A terceira possibilidade seria no caso em que o empregador exige ou consegue a certidão de antecedentes criminais, sendo esta negativa, e contrata o candidato.

Nessa hipótese, o fato de o empregador simplesmente exigir a apresentação da certidão, mas ainda assim contratar o empregado, não ensejaria a configuração do dano moral, uma vez que o candidato foi efetivamente contratado.

Uma quarta possibilidade, consiste no fato de haver a exigência da certidão, sendo neste caso positiva, e ainda assim há a contratação. Neste caso, também não ensejaria a configuração do dano moral, eis que a efetividade da contratação não permite que o dano moral seja reconhecido.

A quinta possibilidade consiste no fato de o empregador exigir a apresentação dos antecedentes criminais, sendo esta positiva, mas não há a contratação. Nesse caso, restaria ao empregado comprovar que a sua negativa à vaga de emprego se deu em razão de sua certidão positiva de antecedentes criminais.

Nesse caso em específico, há uma linha muito tênue para a configuração ou não do dano moral, uma vez que a não contratação pode ter se dado em razão da não qualificação do candidato ao emprego ou até mesmo pelo próprio poder diretivo do empregador de contratar aquele que ele considera o mais apto àquela vaga.

Destarte, levando-se em consideração que não há exposição do empregado perante terceiros, em relação à comprovação do dano moral, torna-se “esvaziada” a

prova de que efetivamente o empregador não o contratou por motivo de certidão de antecedentes criminais positiva.

A sexta e última possibilidade se dá no caso em que há a exigência da apresentação da certidão já durante o curso da relação de emprego, sendo esta positiva, gerando no seu caso, portanto, uma rescisão.

Não se trata, no caso, de rescisão por justa causa, até mesmo porque não é o caso de rescisão por justa causa o simples fato de constar antecedentes criminais na certidão. O cerne encontra-se no fato de que houve rescisão contratual e, neste caso, efetivamente, em que pese não esteja dentro do tema da contratação, mas sim do tema da apresentação de certidão de antecedentes criminais, geraria dano moral pela dispensa discriminatória realizada pelo empregador.

Nessa última hipótese apresentada, rebate na falta de comprovação ou na efetiva comprovação realizada pelo empregado, que tem o ônus da prova neste caso, ou seja, deve provar que teve a sua honra, dignidade e o seu patrimônio imaterial atingido. Sem a efetiva comprovação, o fato de o empregado ter rescindido o seu contrato de trabalho durante o curso da relação contratual por constar antecedentes criminais não ensejaria o dano moral, uma vez que não houve exposição perante terceiros.

Quanto à licitude das informações que podem ser exigidas pelo empregador, Barros (1997, p. 66) assevera que a investigação prévia deverá restringir-se a avaliação da aptidão do candidato para realizar as funções alusivas ao cargo que irá ocupar.

Barakat (2003, p. 235) explica que é permitido ao empresário exigir esclarecimentos relacionados exclusivamente à vaga de emprego postulada, como dados acerca da vida profissional do empregado, aptidões, experiências, disponibilidade de horário, de dependentes e de local onde reside. Conforme ressalta Barros, as “informações sobre a esfera da vida privada do empregado só se permitem excepcionalmente, quando apresentam relevância para a execução das funções que serão executadas, em nome da liberdade de contratação conferida ao empregador”.

Em relação ao direito à informação, Póvoas (2002, p. 20) explica:

Quando se fala em liberdade de informação, não se fala apenas na liberdade do jornalista ou do dono da empresa jornalística. Esta liberdade está relacionada a uma outra, muito maior, que é a liberdade de ser informado, a liberdade de ter acesso às informações. Na verdade, podemos dizer que tanto o jornalista, assim como o dono da empresa, tem o direito de exercer sua atividade, sua profissão, mas ambos têm também o dever de prestar à

sociedade informações verdadeiras, notícias com conteúdo, opiniões não deturpadas, enfim, eles têm o dever social - e mora - de propaga a informação, e não estimular a desinformação.

A questão é polêmica, todavia, quando envolve a exigência de antecedentes criminais do empregado. Para Barros, “a indagação é indiscreta e implica intromissão na esfera pessoal do indivíduo, a não ser que a conduta delituosa tenha significado contratual, ou seja, guarde coerência com as obrigações que [o empregado] irá assumir”. Corrobora com tal entendimento Baracat, ao defender que essa exigência é permitida a depender da função a ser exercida pelo trabalhador. Por exemplo, caso a função exija o manuseio ou a guarda de dinheiro é lícito ao empregador solicitar certidão criminal no tocante ao crime de apropriação indébita. Assim como também é lícito a exigência de certidão criminal referente a crimes de trânsito se o candidato concorre a uma vaga de motorista.

Portanto, o que se pode verificar é que a indenização de dano moral quanto à apresentação de certidão de antecedentes criminais está intimamente ligada à conduta do empregador. A simples exigência, pelo empregador, da apresentação da certidão de antecedentes criminais, por si só, não deve gerar o direito a indenização por dano moral. A referida indenização será possível somente quando o empregador agir de forma desarrazoada expondo publicamente e negativamente a imagem do candidato e quando a exigência do empregador se der de forma discriminatória e não se mostrar compatível com as responsabilidades e atribuições para o cargo pleiteado pelo empregado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o conteúdo exposto no presente trabalho, pode-se concluir que a doutrina é divergente em relação ao tema ora tratado.

Alguns doutrinadores entendem que é possível a exigência da certidão de antecedentes criminais desde que haja previsão expressa no texto da lei, sendo que constitui expressa discriminação a ausência de lei que ampare referida exigência.

Nesse sentido, observa-se que o intuito da parte contratante, ao exigir a apresentação da certidão de antecedentes criminais de forma irrestrita, é inibir o acesso à contratação daqueles indivíduos que tenham sido condenados ou que possuem pendências judiciais.

Na perspectiva adotada por esta corrente doutrinária, o empregador não tem a liberalidade de exigir a apresentação da certidão supramencionada, tendo em vista que está limitado às estritas possibilidades previstas em lei ou motivações legais.

Lado outro, em que pese não ser esta a conclusão obtida após a pesquisa realizada no presente trabalho, deve-se ressaltar que há entendimento controverso no sentido de que o empregador, no exercício do poder diretivo, tem o direito de saber quem ele está contratando e, por conseguinte, pode exigir que o candidato apresente a certidão de antecedentes.

Não obstante as considerações feitas no decorrer da pesquisa, segundo o entendimento majoritário dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, a exigência da apresentação dos antecedentes criminais, por si só, ainda que não haja previsão legal que permita tal exigência, não caracteriza dano moral e, conseqüentemente, não é passível de indenização.

Caracterizaria dano moral uma situação específica de um empregado que tenha obstado o acesso ao emprego por conta de uma certidão positiva de um antecedente criminal que não tenha nenhuma relação com a função. Neste caso específico, haveria sim a configuração de dano moral.

Destarte, restou demonstrado que é permitido ao empregador, ainda que de sem amparo legal, até mesmo por ser esta a cultura brasileira, exigir a apresentação de antecedentes criminais na fase pré-contratual. Contudo, também restou demonstrado que há julgamentos no sentido de que somente não é configurado o

dano moral caso a exigência do atestado de antecedentes criminais esteja vinculada ao exercício de uma determinada função.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

BANNELL, R. I. *O problema da racionalidade e os direitos humanos*. In: FERREIRA, L. de F. G.; ZENAIDE, M. de N. T.; PEQUENO, M. (Orgs.). *Direitos humanos na educação superior. Subsídios para a educação em direitos humanos na filosofia*. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2010.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretária de Edições Técnicas, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 71373, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 85237, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2005, DJ 29-04-2005 PP-00008 EMENT VOL-02189-03 PP-00425 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 486-508 RTJ VOL-00195-01 PP-00212.

_____. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região. TRT da 3ª Região; *Processo*: 0000766-04.2012.5.03.0041 RO; Data de Publicação: 17/12/2012; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Oswaldo Tadeu B.Guedes; Revisor: Convocado Marcio Jose Zebende.

_____. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região. TRT da 3ª Região; *Processo*: 0000754-64.2011.5.03.0157 RO; Data de Publicação: 26/10/2012; Disponibilização: 25/10/2012, DEJT, Página 141; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Marcelo Lamego Pertence; Revisor: Convocado Antonio G. de Vasconcelos.

_____. Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região. TRT da 3ª Região; *Processo*: 0001549-15.2011.5.03.0143 RO; Data de Publicação: 11/10/2012; Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora; Relator: Jose Miguel de Campos; Revisor: Heriberto de Castro.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário* - 11006-91.2013.5.18.0011, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 21/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário*: 2500005720135130008, Data de Julgamento: 25/02/2015, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso Ordinário*: 2057001020135130008, Data de Julgamento: 12/08/2015, Data de Publicação, DEJT 18/08/2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Processo* Nº TST-RR-119000-34.2013.5.13.0007, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, red. P/ acórdão Min. Renato de Lacerda Paiva, 23.10.2014, j. 23.10.2014, DEJT 21.11.2014.

CULLETON, A.; BRAGATO, F.; FAJARDO, S. *Curso de direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 7.ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GIOVANNETTI, Andrea, (Org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia das Letras, 1991.

LEITE, Rafaela Corrêa, RIOS, Sílvia Carina Tramontin. Momentos do controle durante a contratação. In: BARACAT, Eduardo Milléo (Coord). *Controle do empregado pelo empregador. Procedimentos lícitos e ilícitos*. Curitiba: Juruá, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Tratados Internacionais*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

PASTORE, José. *Trabalho para ex-infratores*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PÓVOAS, Monike Silva. *Conflitos entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade*. 2002. 80 p. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. revista e aumentada. São Paulo: Saraiva: 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Penas e medidas de segurança do novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOSI, G. *O que são esses "tais direitos humanos"?* In: FERREIRA, L. de F. G.;

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

ZENAIDE, M. de N. T.; PEQUENO, M. (Orgs.). *Direitos humanos na educação superior*. Subsídios para a educação em direitos humanos na filosofia. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2010.